

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LOUISE SCHNEIDER LERSCH**

**A LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS: ANÁLISE SOB A ÓTICA**  
**DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

**Florianópolis - SC**

**2016**

**LOUISE SCHNEIDER LERSCH**

**A LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS: ANÁLISE SOB A ÓTICA  
DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa**

**Florianópolis - SC**

**2016**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

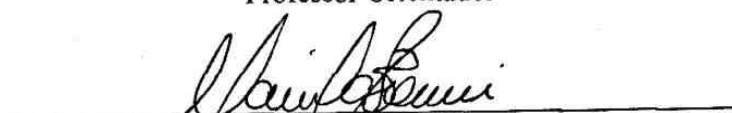
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A Lei das contravenções penais: Análise sob a ótica do direito penal mínimo**", elaborado pela acadêmica **Louise Schneider Lersch**, defendido em **23/06/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

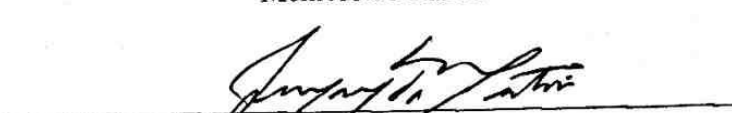
Florianópolis, 23 de junho de 2016.



**Alexandre Morais da Rosa**  
Professor Orientador



**Daniela Bordin**  
Membro de Banca



**Fernanda Martins**  
Membro de Banca

## **RESUMO**

LERSCH, Louise Schneider. **A Lei das Contravenções Penais**: análise sob a ótica do Direito Penal mínimo. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Penal) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

O presente trabalho tem por objetivo estudar o confronto da Lei das Contravenções Penais com os princípios constitucionais e penais. Para tanto, será utilizada uma abordagem a partir da corrente do direito penal mínimo, visto o seu enfoque no garantismo jurídico e na Constituição. Primeiramente, será analisado o contexto histórico da época em que a Lei das Contravenções Penais foi elaborada, mediante o estudo do período político chamado “Era Vargas” e do projeto que ensejou a referida lei. Ademais, será examinada a ideologia da defesa social, porquanto foi o principal paradigma que inspirou a elaboração da Lei das Contravenções Penais, e sua crítica, explorando a desconstrução dessa teoria, a fim de provocar uma reflexão sobre suas premissas. Depois será apresentada a corrente do direito penal mínimo e os seus princípios mais relevantes que confrontam com a Lei das Contravenções Penais. Por último, será feito um estudo sobre a recepção das contravenções penais no atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro, salientando-se alguns problemas práticos e incoerências, por meio da análise doutrinária e jurisprudencial das contravenções penais previstas nos artigos 21, 42, 50, 58, 59, 62 e 65 da Lei das Contravenções Penais.

**Palavras-chave:** Contravenções Penais. Direito Penal Mínimo. Garantismo Jurídico. Inflacionamento Penal.

## **ABSTRACT**

This work aims to study the contrast between the contravention law and the principals of the constitution and the criminal law. To achieve this, it will be made an approach starting with the theory of the minimal criminal law, considering its focus on the “legal garantism” and in the constitution. First, the historical context of the contravention law’s elaboration will be analyzed, by means of the study on the political period called “Era Vargas” and the project that gave rise to the aforesaid law. Also, will be examined the criticism of the criminological ideology that predominated back then, the social defense ideology, to demonstrate the thought that inspired the construction of the criminal typification, as well as to explore the deconstruction of that ideology and provoke a reflection about its assumptions. Afterwards the principals of the minimal criminal law which conflict with the contravention law will be presented. Finally, a study about the reception of the contravention law will be made by the current context of the Brazilian legal order, highlighting some practical problems and incoherencies with the analyses of the doctrines and the contravention’s jurisprudence foreseen in the articles 21, 42, 50, 58, 59, 62 and 65.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A Criação das Contravenções Penais	10
1.1 Contexto Histórico-Político	10
1.2 Do Projeto de Alcântara Machado ao Código Penal de 1940	15
1.3 Ideologia da Defesa Social	18
1.3.1 Princípio da Legitimidade	19
1.3.2 Princípio do Bem e o mal	21
1.3.3 Princípio da Culpabilidade	23
1.3.4 Princípio da finalidade ou da prevenção	25
1.3.5 Princípio da Igualdade	26
1.3.6 Princípio do interesse social e do delito natural	27
2 Direito penal mínimo	29
2.1 Introdução à teoria do Direito Penal Mínimo	29
2.2 Princípios	34
2.2.1 Princípio da Legalidade	34
2.2.2 Princípio da Intervenção Mínima	36
2.2.3 Princípio da Lesividade (ou ofensividade)	39
2.2.4 Princípio da Proporcionalidade	40
2.2.5 Princípio da Adequação Social	41
2.2.6 Princípio da Insignificância	42
3 (NÃO) RECEPÇÃO DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO	45
3.1 Direito Penal e Constituição	45
3.2 As Contravenções Penais e o atual ordenamento jurídico	49

3.2.1 A natureza da ação das Contravenções Penais e a Lei 9.099/95	51
3.3 Análise de artigos selecionados da Lei das Contravenções Penais	52
3.3.1 Art. 21 da LCP (Vias de Fato)	52
3.3.2 Artigos 42 e 65 da LCP (Perturbação do sossego e Perturbação da Tranquilidade)	54
3.3.3 Art. 50 e 58 da LCP	63
3.3.4 Artigos 59 e 62 da LCP (vadiagem e embriaguez)	64
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

## INTRODUÇÃO

A Lei das Contravenções Penais foi criada pelo decreto lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, assinado por Getúlio Vargas. O projeto que deu origem à Lei das Contravenções foi elaborado durante o regime político chamado de “Estado Novo”, caracterizado por grande instabilidade política. Concomitantemente, no cenário internacional, ocorria a segunda guerra mundial, caracterizada pelos movimentos nacionalistas-fascistas, dos quais Getúlio Vargas possuía grande simpatia.

O Estado Novo instituiu-se com a outorga da Constituição de 1937, que tinha característica fascista, intervencionista e centralizadora. Com ela também foi implementada a censura à imprensa e a cassação aos comunistas, mediante uma propaganda política fortemente nacionalista.

A criação da Lei das Contravenções Penais sofreu influências das escolas classicistas e positivistas, como também da criminologia da defesa social. Essa doutrina acredita que o Estado está legitimado para punir condutas que violem determinados bens resultantes de condutas desviantes. Ademais, considera que o delito é uma conduta interior reprovável e um elemento negativo à sociedade, logo a pena deve ter um efeito desestimulante que previna a prática desses comportamentos.

No presente trabalho, então, foi feita uma desconstrução desse pensamento, mediante a crítica de Alessandro Baratta, a fim de provocar uma reflexão sobre os princípios informadores da doutrina supramencionada.

Confrontou-se, ainda, a Lei das Contravenções Penais com o modelo minimalista de atuação estatal na esfera penal, pois a intervenção punitiva é a técnica jurídica mais lesiva à liberdade e à dignidade humana, então deve ser utilizada como um remédio extremo. Além disso, a Lei das Contravenções Penais precisa se adequar as múltiplas mudanças que ocorreram (políticas, jurídicas e sociais) desde a época em que foi criada. É fundamental refletir sobre a recepção dessa lei pelo atual Estado Democrático de Direito.

Portanto, ressalta-se que a presente monografia busca trazer esse debate sobre a adequação das contravenções penais ao novo regime constitucional, afinal, seu *status* de “crime anão” não retira sua importância dentro do ordenamento e, muito menos, impede que seja causa de violações graves de princípios e garantias constitucionais.



O método de abordagem utilizado no trabalho foi o indutivo e o procedimento aplicado foi o monográfico. A técnica de pesquisa adotada foi de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

Assim, no primeiro capítulo foi analisado o contexto histórico da época em que a Lei das Contravenções Penais foi elaborada, período entre 1930 – 1954, com foco na chamada “Era Vargas” e no desenvolvimento do anteprojeto de Alcântara Machado até o projeto que deu origem ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais. Ademais, foi apresentada a crítica à ideologia defesa social que foi a principal base teórica desse projeto.

No segundo capítulo, foi feito um estudo sobre o Direito Penal Mínimo, introduzindo-o com foco no garantismo jurídico de Ferrajoli. Para tanto, também foram analisados princípios que entram em confronto com a inflação de leis penais e o excesso de intervencionismo nessa área.

No terceiro capítulo, contextualizou-se o Estado Democrático de Direito, a fim de se realizar uma reflexão sobre a recepção ou não das contravenções penais pela nova ordem constitucional, levando em consideração princípios do direito penal mínimo descritos no segundo capítulo, que nada mais são que diretrizes do atual ordenamento constitucional brasileiro. Por fim, foram analisadas algumas contravenções penais, para suscitar a discussão prática de seus problemas, por meio do estudo doutrinário e jurisprudencial.

# 1 A CRIAÇÃO DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS

## 1.1 Contexto Histórico-Político

Os anos antecedentes ao Estado Novo, período em que o Código Penal de 1940 e a Lei das Contravenções Penais foram elaborados, foram de grande turbulência política. Durante a Primeira República imperava a política conhecida como “café-com-leite”, pois se revezavam na presidência os mineiros e os paulistas. Entre 1926 e 1930, governou como presidente da República o político paulista Washington Luís e, como nessa época não havia partidos políticos nacionais, o presidente era responsável pela nomeação e negociação de seu sucessor.<sup>1</sup>

Antônio Carlos Ribeiro considerava-se o sucessor de Washington Luís, porém o então presidente estava inclinado a nomear outro político paulista, Júlio Prestes de Albuquerque. Com isso, Ribeiro formou uma aliança partidária com o Rio Grande do Sul, chamada “Aliança Liberal”, que lançou como candidato à presidência Getúlio Vargas.<sup>2</sup> O partido propunha reformas no sistema político, buscando a justiça social e a liberdade política, como ampliação dos direitos trabalhistas e a adoção do voto secreto.<sup>3</sup>

Nas eleições de 1930 a Aliança liberal foi derrotada e Júlio Prestes foi eleito presidente. Alguns membros do partido não se conformaram e decidiram preparar uma insurreição para chegar ao poder. Em 24 de outubro de 1930 o presidente Washington Luís foi deposto<sup>4</sup> e em 3 de novembro Getúlio Vargas assumiu a Chefia do Governo Provisório da nação, governando através de decretos-lei. Os tenentes e aliados civis da revolução de 1930 não queriam permitir novas eleições, pois elas seriam contaminadas pelo jogo político da oligarquia presente ao longo da República Velha. Ademais, os tenentes também queriam um modelo de Estado centralizador e nacionalista com um regime forte e apartidário.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> ANDRADE, Carlos Lindomar. **Evolução Política do Estado Brasileiro 1822-1967**. Florianópolis: Insular, 2012. 216 p.

<sup>2</sup> Ibidem

<sup>3</sup> FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Org.). **O Brasil Republicano: O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. 376 p

<sup>4</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>5</sup> FERREIRA; DELGADO, op. cit.

Durante os primeiros anos de poder, o governo de Vargas aprovou diversos direitos do trabalhador e também editou o Código Eleitoral, garantindo o sufrágio universal e concedendo cidadania política para as mulheres.<sup>6</sup>

Com o fortalecimento da oposição ao governo, a constitucionalização do país tornou-se inevitável. Em 1932, desencadeou em São Paulo a Revolução Constitucionalista que, com base no Código Eleitoral, logrou formar a Constituinte Brasileira mediante eleição de representantes estaduais.<sup>7</sup> Em 1934, a Constituição foi promulgada e Getúlio Vargas foi eleito indiretamente presidente da República, mesmo que os militares tenham conspirado em derrubá-lo.<sup>8</sup>

A Constituição de 1934 tinha caráter nitidamente liberal e foi formulada visando à reafirmação de princípios fundamentais de segurança individual e coletiva, como a irretroatividade da lei mais grave e vedação de penas de banimento, morte ou de caráter perpétuo.<sup>9</sup> Preconizava, além do mais, um Estado mais liberal e menos centralizador do que desejava Vargas, pois, embora nos assuntos econômicos e sociais tenha instuído o intervencionismo do Estado, estabeleceu o regime de governo federalista.<sup>10</sup>

Através da nova Constituição representantes liberais conseguiram assegurar o predomínio do Legislativo e utilizaram-no para inibir o avanço do Executivo. Vargas se pronunciou na Assembleia Constituinte, demonstrando seu descontentamento com a nova Constituição, afinal, ela também previa que o mandato de Vargas deveria ser de quatro anos e ele não poderia se reeleger. Em seu discurso disse:

A Constituição de 34, ao revés da que se promulgou em 1891, enfraquece os eles da federação: anula, em grande parte, a ação do presidente da República, cerceando-lhe os meios imprescindíveis à manutenção da ordem, ao desenvolvimento normal da administração: acoroça as forças armadas à prática do facciosismo partidário, subordina a coletividade, as massas proletárias e desprotegidas ao bel-prazes das empresas poderosas; coloca o indivíduo acima da comunhão.<sup>11</sup>

O reestabelecimento de uma ordem legal contribuiu para o movimento social e surgiram, assim, duas organizações políticas: a Ação Integralista Brasileira (AIB) e a Aliança

---

<sup>6</sup> Ibidem

<sup>7</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>8</sup> FERREIRA; DELGADO, op. cit.

<sup>9</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Colaboração de: Alexandre Knoppholz e Gustavo Britta Scandelari

<sup>10</sup> Ferreira, op. cit.

<sup>11</sup> Ibid., p. 29

Nacional Libertadora (ANL). A AIB, criada em 1932 por Plínio Salgado, inspirou-se no fascismo italiano, por conseguinte, pautou-se em extremo nacionalismo e moralismo, possuindo muitos adeptos militares e católicos. O partido, de início, apoiou o político ao Governo Vargas, sobretudo na luta contra o comunismo.<sup>12</sup>

A ANL, por outro lado, foi criada em 1935 e era inspirada em modelos europeus de frentes populares que surgiram para combater o nazi-fascismo. Fazia oposição cerrada ao regime, defendendo propostas anti-imperialistas. O partido agregava comunistas, socialistas e liberais desiludidos, tendo como líder Luís Carlos Prestes.<sup>13</sup>

Em 1935, o partido liderado por Prestes realizou movimentos armados com o objetivo de derrubar Vargas. Após a rebelião, comunistas e opositores ao governo foram severamente reprimidos e o Executivo começou a aumentar seu poder fechando o regime. Estabeleceram-se medidas como censura dos meios de comunicação e declaração de “estado de guerra” no caso de rebeliões.<sup>14</sup>

Vargas tentou buscar apoio do Congresso para estender seu mandato, porém seu pedido foi rejeitado.<sup>15</sup> No 1º de outubro de 1937 após forjar a existência de um ‘Plano Cohen’, alegando ser um esquema que planejava assassinar centenas de políticos brasileiros e implantar o comunismo no Brasil, conseguiu o apoio do Congresso para decretar o Estado de Guerra.<sup>16</sup>

Na manhã de 10 de novembro de 1937, Vargas finalmente deu o golpe de Estado. Soldados ocuparam os edifícios da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, impedindo acesso dos parlamentares. Às 10 horas daquela mesma manhã, Vargas reuniu seus ministros para apresentar-lhes a nova Constituição, a qual deveria subscrever. Odilon Braga, ministro da Agricultura, negou-se a assinar e pediu demissão. O general Eurico Gaspar Dutra, ministro de Guerra, divulgou proclamação ao Exército apoiando o golpe de Estado.<sup>17</sup>

A Carta outorgada de 1937 tinha o seguinte preâmbulo:

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da

---

<sup>12</sup> Ibidem

<sup>13</sup> Ibidem

<sup>14</sup> Ibidem

<sup>15</sup> Ibidem

<sup>16</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>17</sup> Ibid., p. 72

extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

Atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente;

Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem estar do povo;

Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar á Nação a sua unidade, o respeito á sua honra e á sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política social, as condições necessárias á sua segurança, ao seu bem estar e á sua prosperidade;

Decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país.<sup>18</sup>

Francisco Campos, redator da referida Constituição, justificou a manutenção de Vargas no poder, dispensando o sufrágio universal, nos seguintes termos:

A maior parte dos eleitores não se preocupa com a coisa pública. A sua vida privada já lhes dá bastante motivos de preocupação. Passam a maior parte do tempo alheios às questões de política, de administração e de governo [...] As questões econômicas e financeiras, as de organização da economia nacional, as do comércio interno e externo, questões sobretudo técnicas, e, por sua natureza, incapazes de despertar emoção, passaram ao primeiro plano. Daí o desinteresse que se observa em quase todo o mundo pelas campanhas eleitorais. Nelas o povo não encontra os grandes motivos ou grandes temas humanos, acessíveis ao interesse geral, que, no século passado, davam à vida política, nas suas fases agudas, a aparência movimentada e dramática. À medida que os problemas em debate se tornam complexos e, pelo seu caráter técnico, impróprios a provocar nas massas emoção, a opinião pública passa a desinteressar-se do processo político propriamente dito, só exigindo dos governos resultados que se traduzem efetivamente em melhoria do bem-estar do povo [...] A Constituição de 10 de novembro não faz mais, restringindo o uso do sufrágio universal, do que aceitar uma situação de fato, hoje geral no mundo.<sup>19</sup>

A carta outorgada de 1937 apresentava nítida influência da Constituição da Polônia, sendo por este motivo conhecida popularmente como ‘a polaca’. Instituiu um governo do tipo fascista, com uma grande concentração do poder nas mãos do chefe do Executivo<sup>20</sup>.

Seu art. 73 bem demonstra o poder do Executivo estabelecido:

---

<sup>18</sup> ANDRADE, loc. cit.

<sup>19</sup> CAMPOS, Francisco. Senado Federal. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. 226 p. (Biblioteca Básica Brasileira).

<sup>20</sup> ANDRADE, op. cit.

Art. 73 O Presidente da Republica, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a politica interna e externa, e promove ou orienta a politica legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.<sup>21</sup>

Francisco Campos ao falar do Poder Legislativo alega que

Não só em outros países a legislação direta pelo Parlamento se mostrou impraticável. Entre nós, os seus defeitos estão parentes a todas as vistas. O processo de crivas de emendas, muitas vezes de caráter pessoal, um projeto de lei, é um processo corrente na forma parlamentar de legislação [...] A constituição de 10 de novembro, reconhecendo esse mal, deu-lhe um remédio. A iniciativa da legislação cabe, em princípio, ao governo.<sup>22</sup>

Um dos mais importantes órgãos de sustentação do Estado Novo foi o DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda), que “difundia a propaganda oficial do governo e controlava, através de rígida censura, toda a imprensa e os meios de comunicação em geral”.<sup>23</sup> Francisco Campos justificou que o controle da imprensa é necessário, pois ela tem um papel fundamental na opinião pública, todavia ela é controlada por interesses econômicos privados. Por conseguinte, a intervenção estatal seria necessária, pois a imprensa possui poderes de Governo (já que controla a opinião pública) e esse poder só pode ser exercido em consideração exclusiva ao bem público.<sup>24</sup>

Em relação à política internacional, embora Vargas buscasse a neutralidade em relação a 2ª Guerra Mundial, tinha grande afinidade com os regimes fascistas da Alemanha e da Itália. Ocorre que, quando os Estados Unidos entraram na guerra, houve uma grande pressão para os países latino-americanos se oporem a esses regimes. Em 1942, romperam no Brasil manifestações contra o nazismo, após a Alemanha ser considerada culpada pelo bombardeio de navios brasileiros e, em agosto do mesmo ano, o Brasil posicionou-se a favor dos Aliados.<sup>25</sup>

Com a vitória dos Aliados, as ditaduras foram expostas, favorecendo opositores de Vargas, pois se criou uma consciência de valorização da democracia e da liberdade<sup>26</sup>. Outrossim, foram expostas as contradições de um regime internamente autoritário que se dizia externamente favorável à democracia<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Ibid. p. 73

<sup>22</sup> CAMPOS, op. cit. p. 55

<sup>23</sup> COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **História do Brasil**. 11. ed. São Paulo: Scipione, 2007. 431 p., p. 319

<sup>24</sup> CAMPOS, op. cit. p. 96

<sup>25</sup> FERREIRA, op. cit.

<sup>26</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>27</sup> FERREIRA, op. cit.

“O ditador Getúlio Vargas viu-se obrigado a anunciar as eleições, decretando a 28 de fevereiro de 1945 a Lei Constitucional nº 9 [...] que fixava o prazo de 90 dias para marcar as datas das eleições para os poderes Executivo e Legislativo federais e estaduais”.<sup>28</sup>

Após marcar as eleições, surgiu a “Campanha da Constituinte com Getúlio”, representada agora principalmente por petebistas e comunistas. Esse movimento foi nomeado de “queremistas”<sup>29</sup> e decorreu devido à aproximação de Vargas com a classe trabalhadora.<sup>30</sup>

Enquanto isso, Vargas buscava uma maneira de continuar no poder. Em 29 de outubro de 1945, nomeou Benjamin Vargas, seu irmão, para chefiar a Polícia do Distrito Federal. Contudo, essa nomeação só agravou ainda mais a sua situação política e os militares obrigaram-no a renunciar.<sup>31</sup>

O ditador não desejava aceitar o ultimato para sua renúncia. Durante várias horas, em sucessivos encontros, tentou uma fórmula que o mantivesse no poder. [...] Os militares não aceitaram qualquer proposta de Vargas, exigindo uma renúncia incondicional. Vargas teve então de renunciar.<sup>32</sup>

Dr. José Linhares, que exercia o cargo do Supremo Tribunal Federal, assumiu a chefia do executivo brasileiro após a renúncia de Vargas. Porém, em sua posse, os dispositivos varguistas não foram revogados e os direitos políticos de Vargas não foram cassados. Nas eleições de 1945, Vargas foi eleito senador pelo Rio Grande do Sul e São Paulo e deputado em vários estados. Para presidência da república, o marechal Eurico Gaspar Dutra, candidato do PSD, foi eleito Presidente da República.<sup>33</sup>

Nas próximas eleições, de 1951, Getúlio foi eleito para presidência. Em seu novo mandato, tentou uma política nacionalista e intervencionista, preocupando-se em indústrias de base. A oposição acusava Vargas de estar preparando um golpe sindicalista e, em 1954, o exército exigia a sua renúncia. No dia 24 de agosto de 1954, Getúlio Vargas suicidou-se com um tiro no peito.<sup>34</sup>

## 1.2 Do Projeto de Alcântara Machado ao Código Penal de 1940

---

<sup>28</sup> ANDRADE, op. cit., p. 82

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> FERREIRA, op. cit.

<sup>31</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>32</sup> Ibid., p. 82

<sup>33</sup> Ibidem

<sup>34</sup> COSTA; MELLO, op. cit.

Com a instauração do regime chamado de Estado Novo, o Ministro da Justiça Francisco Campos, por volta de um mês após a outorga da Constituição de 1937, incumbiu ao Professor paulista Alcântara Machado a elaboração do anteprojeto do Código Penal.<sup>35</sup> O professor paulista optou por não trabalhar em cima do projeto que havia sido apresentado à Câmara dos Deputados em 1935, pois considerava que estava inadequado para o momento político.<sup>36</sup>

Alcântara Machado acreditava que existe uma relação lógica entre o conteúdo de regulação penal e as circunstâncias políticas e sociais do momento:

Reforçar a defesa coletiva contra a criminalidade comum e resguardar as instituições contra a criminalidade política são imperativos a que não pode fugir o legislador em países organizados de maneira por que atualmente se encontra o nosso [...] há uma relação lógica e necessária entre seu conteúdo e as circunstâncias políticas e sociais do lugar e do momento.<sup>37</sup>

Conforme já exposto no capítulo anterior, a forma de governo em 1937 era centralizadora e marcada pela forte intervenção do Executivo no legislativo. Alcântara Machado se inspirou principalmente no código italiano de 1930 e seu projeto é considerado híbrido, pois:

procurou manter alguns limites de defesa individual típicos do classicismo, mas aplicáveis de forma restrita; de outro, aplicou o instrumental positivista de defesa social [...] essa ‘confusão teórica’ se impunha, pois não seria politicamente conveniente romper bruscamente com os padrões de justiça penal com os quais se acostumara a população e, ao mesmo tempo, não se podia abrir mão das técnicas positivistas de proteção social. José Goynea, professor uruguaio a quem Alcântara Machado encomendara parecer sobre seu projeto, identificou e aplaudiu a estratégia penal do professor paulista [...] por uma aumento da repressividade, em benefício da defesa coletiva: “adaptar a defesa coletiva aos sentimentos dos indivíduos que não concebem o castigo sem a liberdade [...] atingir plenamente o seu objetivo sem por de lado o sentimento repressivo tal como o concebe, o assimila e o justifica a coletividade. O Código Penal não pode ser uma obra acadêmica: lei do povo e para o povo deve sem prejuízo aproximar-se da verdade científica.”<sup>38</sup>

O redator do anteprojeto reafirmava os direitos individuais em face da pena, mas previu as medidas de segurança com grande abrangência, pois além de atingir os inimputáveis, ele queria que essa punição fosse utilizada contra aqueles considerados socialmente perigosos. Ademais, estava prevista a pena de morte, fechando-se, assim, um

---

<sup>35</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução história**. Bauru: Jalovi, 1980.

<sup>36</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador (Coord.). **Comentários À Lei das Contravenções Penais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 320 p.

<sup>37</sup> Machado, Alcântara. (1938 apud NETTO, op. cit. p. 22).

<sup>38</sup> NETTO, op. cit.



sistema de defesa social fundado em respostas penais eliminatórias, com mais eficiência repressiva.<sup>39</sup> Conforme declarou Alcântara Machado:

Apesar do descrédito lançado sobre a Escola Positiva pelos exageros de alguns de seus adeptos, a orientação que ela imprimiu à luta contra a delinquência é tão racional e tão conforme às necessidades e ao espírito do nosso tempo, que, pouco a pouco, as novas ideias se são infiltrando na consciência jurídica de todos os povos, e triunfam na legislação de todo o mundo ocidental [...] É que não dura muito o poder das trevas. É que a claridade fere aos olhos, antes de abri-los à visão da realidade.<sup>40</sup>

Embora o anteprojeto tenha sido bem recebido pela crítica no exterior, foi substancialmente modificado. Francisco Campos decidiu constituir uma comissão revisora, nomeando para compô-la Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio Queiroz, que se inspirou nos códigos penais suíço, dinamarquês e polonês para reformar o anteprojeto.<sup>41</sup>

A política criminal intervencionista ganhou força com o apoio de Nelson Hungria e Roberto Lyra. Hungria afirmou que o Código Penal resulta da cultura brasileira, pois se refletem nele as mudanças econômicas e culturais do período.<sup>42</sup> Portanto, considerando o contexto da época, o populismo afeta reflexamente a criminalização e o sistema penal, enquanto o totalitarismo afeta diretamente a interpretação desses campos, conforme pontua Zaffaroni.<sup>43</sup>

É atribuída à matriz intelectual do Código Penal o tecnicismo jurídico, devido à mistura de classicismo com positivismo. Conforme leciona Dotti:

A influência exercida pela Escola Positiva ficou bem delineada através da orientação adotada em importantes setores como a classificação dos delinquentes, a periculosidade criminal e social, a individualização e a indeterminação da pena, o emprego das medidas de segurança, etc [...] o projeto examina a ofensa causada à sociedade não somente em função da gravidade do crime, mas também pela temibilidade do agente segundo suas condições físico-psíquicas [...] Durante todo o tempo de fastígio das ideias fundantes do diploma brasileiro de 1940, a criminologia “caiu em desgraça” na órbita jurídica [...] Até o final dos anos 70, as ciências auxiliares do Direito Penal sofreram a marginalização total que as afastou dos currículos dos cursos jurídicos [...] não tiveram ingresso nas especulações abstratas de um método asfiziado pelo dogmatismo dos conceitos puros e pela alienação

---

<sup>39</sup> NETTO, op. cit.

<sup>40</sup> MACHADO, Alcântara, 1929. In: SOUZA, Moacyr Benedicto de. **A influência da Escola Positiva no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1982. p. 65.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, et al. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>42</sup> Ibidem

<sup>43</sup> ZAFFARONI, et al, op. cit.

da realidade humana e social que é, ao mesmo tempo, a vida e a arte das ciências penais.<sup>44</sup>

Roberto Lyra afirma que embora tenham trabalhado sob clima autoritário, a obra da comissão “correspondeu às exigências do liberalismo superveniente, sempre que este respeitou os limites do interesse social, soma e base de conveniências individuais”.<sup>45</sup> Todavia, analisando a Lei das Contravenções Penais, é possível extrair artigos com características altamente totalitárias:

Também a Lei de Contravenções estabeleceu circunstâncias em que a periculosidade dava-se por presumida, independentemente de submissão do agente a qualquer forma de perícia. Nesse sentido, o art. 14 da Lei mandava que fossem presumidos perigosos os condenados por vadiagem ou mendicância, além dos reincidentes nas contravenções de jogo de azar e jogo do bicho” [...] Ao que parece, o propósito destes artigos foi fortalecer a repressão às contravenções diretamente opostas às linhas mestras do Estado varguista, que primava não só pela grande valorização do trabalho como instrumento de inclusão social e emancipação política, mas também o combate às perniciosas práticas especulativas características do “arrivismo” e da “cupidez material” – expressões de Sevchenko – típicos da Primeira República”.<sup>46</sup>

Portanto, encontram-se nessa lei traços antiliberais, comuns à escola positivista. Outro exemplo encontra-se no seu art. 3º que dispensa, via de regra, a demonstração de dolo ou culpa nas contravenções, com a intenção de afastar qualquer juízo de responsabilidade subjetiva pelo ato, bastando ação ou omissão voluntária.<sup>47</sup>

### 1.3 Ideologia da Defesa Social

Francisco Campos, ao comentar sobre o Código Penal de 1940, disse que: “o princípio cardeal que inspira a lei projetada, e que é, aliás, o princípio fundamental do moderno direito penal, é o da defesa social. É necessário defender a comunhão social contra todos aqueles se mostram perigosos à sua segurança”.<sup>48</sup>

Conforme ensina Baratta, a ideologia da defesa social:

---

<sup>44</sup> DOTTI, op. cit.

<sup>45</sup> LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

<sup>46</sup> NETTO, op. cit.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> CAMPOS, op.cit.

surgiu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola Clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social. O conteúdo dessa ideologia, assim como passou a fazer parte – embora filtrado através do debate entre as duas escolas - da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem de rua (ou seja, das *every day theories*).<sup>49</sup>

Assim, ainda que as escolas abordem o direito penal de diferentes maneiras, visto que na ideologia positivista há mais enfoque no comportamento do criminoso, enquanto na escola clássica o objeto em destaque é o próprio crime, ambas sustentam a ideologia de um sistema penal baseado na defesa social.<sup>50</sup> Segundo aponta a Professora Bartira Macedo de Miranda Santos “o conteúdo dessa ideologia passou a fazer parte da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões tanto dos representantes do aparato penal como do homem de rua”.<sup>51</sup>

Portanto, considerando que a elaboração do código guiou-se por essa corrente criminológica, passa-se agora para a análise crítica dessa teoria, a partir da citação de seus princípios seguidas pela reflexão crítica, formulada principalmente por Alessandro Baratta<sup>52</sup>.

### 1.3.1 Princípio da Legitimidade

O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 256 p. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos.

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **Crítica à ideologia da defesa social**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/>>. Acesso em: 05 maio 2016.

<sup>52</sup> BARATTA, op. cit.

<sup>53</sup> Ibid., p. 42

Para negar o princípio da legitimidade, Baratta faz uma análise de teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva. A explicação do comportamento criminoso tem origem na doutrina freudiana, para ele, a repressão dos instintos delituosos não é suficiente para destruí-los, pois eles permanecem no inconsciente, acompanhados de um sentimento de culpa, e com o comportamento delituoso o indivíduo supera o sentimento de culpa e realiza a tendência a confessar.<sup>54</sup> Ou seja, o sentimento de culpa aparece antes da prática da ação, e não depois.

A função psicossocial que atribuem à reação punitiva permite interpretar como mistificação racionalizante as pretensas funções preventivas, defensivas e éticas sobre as quais se baseia a ideologia da defesa social (princípio de legitimidade) e em geral toda ideologia penal. Segundo as teorias psicanalíticas da sociedade punitiva, a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade, mas corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável da sociedade.<sup>55</sup>

Portanto, a intervenção punitiva do grupo social ocorreria por questões psicológicas relacionadas ao desvio criminológico. O grupo se sente ameaçado quando há a violação de um tabu, porquanto há uma liberação de um instinto reprimido e, com isso, emerge a tentação de imitar aquele que o violou. Assim, a reação punitiva ocorreria, pois há nos grupos impulsos idênticos aos proibidos.<sup>56</sup>

A partir dessa concepção, Theodor Reik desenvolveu uma teoria psicanalítica do direito penal baseada na dupla função exercida pela pena (retribuição e prevenção): “a) a pena serve a satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele a uma ação proibida; b) a pena satisfaz também a necessidade de punição da sociedade, através de sua inconsciente identificação como delinquente”.<sup>57</sup>

Assim, os efeitos da retribuição e prevenção da pena são transferidos para o futuro, pois buscam influenciar a coletividade ou o autor do delito. A partir do ponto de investigação psicológica de Freud, como já mencionado anteriormente, o sentimento de culpa é anterior ao delito, pois não aparece como consequência da própria ação delituosa, mas da sua motivação.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Ibidem

<sup>55</sup> Ibid., p. 50

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Ibid., p. 51

<sup>58</sup> Ibidem.

Complementando essa teoria, Staub e Alexander realizaram a análise da pena do ponto de vista da identificação de um indivíduo com a sociedade punitiva e os órgãos legitimados para exprimir uma reação penal ao desvio. Para eles, “a pena infligida a quem delinque vem contrabalancear a pressão dos impulsos reprimidos, que o exemplo de sua liberação no delinquente torna mais fortes. A punição representa, de tal modo, uma defesa e um reforço do superego”.<sup>59</sup>

O modelo de explicação psicanalítica da reação punitiva, ainda que mediatizada por formas frequentemente mais populares que científicas, parece hoje, novamente como na época em que Reik e Alexander e Staub escreviam suas obras decisivas, ter entrado como um aguilhão crítico na consciência dos juristas e operadores sociais. Em tal modelo certamente estão contidos alguns dos elementos teóricos mais geradores de inquietação na consciência, geralmente muito tranquila, dos juristas, pois que, como se viu, atacam a ideologia da defesa social precisamente no seu fundamental momento de legitimação da pena. E não raro, em relação a ideias e elementos críticos extraídos do repertório da literatura psicanalítica, vemos manifestar-se, assim, encontros científicos ou nas páginas das revistas jurídicas mais difundidas, aquela “má-consciência” sem a qual, escrevia Radbruch, não se pode mais ser um bom jurista.<sup>60</sup>

Os membros da sociedade projetam suas próprias tendências antissociais em figuras de delinquentes (sujeitos desviantes). Cria-se, assim, a figura de um bode-expiatório sobre o qual são projetadas as tendências criminosas dos indivíduos da sociedade, pois o homem procura descarregar o sentimento de culpa inconsciente em uma terceira pessoa, ou seja, transportá-lo para o exterior para concebê-lo como algo externo.<sup>61</sup>

### 1.3.2 Princípio do Bem e o mal

“O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem”.<sup>62</sup>

Baratta questiona esse princípio através da teoria estruturalmente funcionalista da anomia e da criminalidade, introduzida por Durkheim. Essa teoria afirma que:

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 52

<sup>60</sup> Ibid., p. 56

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> Ibid., p. 42

1) As causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça), nem em uma situação patológica da estrutura social. 2) O desvio é um fenômeno normal de toda estrutura social. 3) Somente quando são ultrapassados determinados limites o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (esta é a situação de "anomia"). Ao contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sociocultural.<sup>63</sup>

O delito não é uma patologia da sociedade, mas sim, uma característica fisiológica, pois é parte integrante dela. Afirmar o contrário seria atribuir um caráter negativo a um fenômeno inevitável e, em muitos casos, derivado da constituição fundamental do ser humano.<sup>64</sup>

A reação social à prática do delito é um elemento que sustenta a conformidade social às normas e a reprodução do sistema normativo vigente. A transformação e a renovação social ocorrem a partir da possibilidade da autoridade pública descarregar a própria ação reguladora, sustentada pelo sentimento coletivo, sobre os desvios que atingem a intensidade do crime. Assim, Durkheim não via o delinquente como um ser antissocial, mas como um agente regulador da vida social, pois o desvio, além de recriar consenso sobre os valores decorrentes desta consciência coletiva, também contribui no desenvolvimento moral da sociedade.<sup>65</sup>

Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo.<sup>66</sup>

Baratta explica o modelo funcionalista proposto por Merton, que consistente em “reportar o desvio a uma possível contradição entre estrutura social e cultura”:

A desproporção que pode existir entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes. Esta desproporção, contudo, não é um fenômeno anormal ou patológico, mas, dentro de certos limites quantitativos em que não atinge o nível crítico da anomia, um elemento funcional ineliminável da estrutura social. A cultura, ou "estrutura cultural" é para Merton, "o conjunto de representações axiológicas comuns: que regulam o comportamento dos membros de uma sociedade ou de um

---

<sup>63</sup> Ibid., p. 59

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> ZAFFARONI, et al, op. cit. p. 99

grupo". A estrutura social é, ao contrário, "o conjunto das relações sociais, nas quais os membros de uma sociedade ou de um grupo estão diferentemente inseridos". Anomia é, enfim, "aquela crise da estrutura cultural, que se verifica especialmente quando ocorre uma forte discrepância entre normas e fins culturais, por um lado e as possibilidades socialmente estruturadas de agir em conformidade com aquelas, por outro lado".<sup>67</sup>

Assim, Merton diz que a estrutura social não permite um comportamento de todos os membros da sociedade na mesma medida, essa possibilidade varia de acordo com a posição dos indivíduos na sociedade. Estratos sociais inferiores são submetidos a maiores pressões e tem maiores impulsos ao comportamento desviante, devido a sua limitada possibilidade de atingir o fim cultural através de meios institucionais legítimos. Baratta critica essa posição, pois diz que ela não explica os crimes de colarinho branco, que são praticados por camadas privilegiadas, porém são mais ocultos, uma vez que não são amplamente punidos.<sup>68</sup>

### 1.3.3 Princípio da Culpabilidade

“O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador”.<sup>69</sup>

Baratta refuta esse princípio através da teoria funcionalista e das subculturas criminais:

De fato, as duas teorias se desenvolvem, em parte, sobre dois planos diferentes: a primeira, pretende estudar o vínculo funcional do comportamento desviante com a estrutura social; a segunda, assim como se apresenta em suas primeiras formulações na obra de Clifford R. Shaw e de Frederic M. Trasher até Sutherland, se preocupa principalmente em estudar como a subcultura delinquencial se comunica aos jovens delinquentes e, portanto, deixa em aberto o problema estrutural da origem dos modelos subculturais de comportamento que são comunicados. A compatibilidade das duas teorias resulta, pois, da própria diversidade de nível de discurso e dos conjuntos de fenômenos de que se ocupam, respectivamente.<sup>70</sup>

A origem das subculturas criminais na sociedade está na distribuição desigual de chances que dispõem o indivíduo para o acesso aos meios legítimos para alcançar os fins culturais, portanto, as subculturas criminais são uma reação dessas minorias desfavorecidas

---

<sup>67</sup> BARATTA, op. cit., p.63

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibid., p. 42

<sup>70</sup> Ibid., p. 69

que tentam se orientar dentro da sociedade com as reduzidas possibilidades legítimas de agir.<sup>71</sup>

Edwin H. Sutherland contribuiu para complementar essa teoria, criticando radicalmente teorias genéricas sobre o comportamento do criminoso, baseadas meramente em questões econômicas, psicológicas e sociológicas. Primeiramente, porque se baseiam em uma criminalidade que não abrange o todo, excluindo crimes como, por exemplo, os denominados de colarinho branco, além de não consideram que os autores desses crimes participam de camadas superiores da sociedade. Além disso, acabam por nem mesmo explicar a criminalidade dos estratos inferiores, pois os fatores psicológicos e sociológicos só se enquadrariam na análise desse estrato e falhariam com o todo da criminalidade.<sup>72</sup>

Para Sutherland, existe um processo chamado de associação diferencial, pois a pessoa torna-se ou não criminoso dependendo do contato frequente que ela tem com comportamentos que se enquadram na lei.<sup>73</sup>

A hipótese aqui sugerida em substituição das teorias convencionais, é que a delinquência de colarinho branco, propriamente como qualquer outra forma de delinquência sistemática, é aprendida; é aprendida em associação em direta ou indireta com os que já praticaram um comportamento criminoso, e aqueles que aprendem este comportamento criminoso não têm contatos frequentes e estreitos com o comportamento conforme a lei. O fato de que uma pessoa torne-se ou não um criminoso é determinado, larga medida, pelo grau relativo de frequência e de intensidade de suas relações com os dois tipos de comportamento. Isto pode ser chamado de processo de associação diferencial.<sup>74</sup>

Segundo Baratta, essa teoria se opõe ao princípio da culpabilidade, pois: “nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subcultura)”.<sup>75</sup> No interior de uma sociedade existem variados conjuntos de valores e regras sociais e muitas vezes o direito penal conhece valorações que não são unânimes na sociedade, assim, frequentemente são acolhidos valores de certos grupos e negados por outros, bem como valores defasados e superados.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Ibidem

<sup>74</sup> SUTHERLAND (1940 apud BARATTA, op. cit., p. 72).

<sup>75</sup> BARATTA, op. cit. p. 53

<sup>76</sup> Ibidem.



### 1.3.4 Princípio da finalidade ou da prevenção

A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contra motivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente.<sup>77</sup>

Baratta diz que para compreender a criminalidade é preciso estudar a ação do direito penal, das normas abstratas até as instâncias oficiais. Portanto, hoje no centro de discussão no âmbito da sociologia criminal, está a teoria da reação social, ou *labeling approach*.<sup>78</sup>

Na supracitada teoria, as perguntas principais são: “‘quem é definido como desviante?’”, “‘em que condições este indivíduo se torna objeto de definição?’” e “‘quem define quem?’”.<sup>79</sup> Realizam-se pesquisas com o objetivo de questionar as funções da prevenção e reeducação da pena, visto que a sanção altera a identidade social do indivíduo. A partir desse momento, ele passa a ter um status de desviante e, na maioria dos casos, após essa estigmatização sofrida, o condenado ingressa em uma carreira criminosa.<sup>80</sup>

“O sistema seleciona aqueles que, tendo caído em uma primeira condenação, surgem como bons candidatos a uma segunda criminalização, levando-os ao ingresso no rol dos desviados, como resultado do conhecido fenômeno psicológico do ‘bode expiatório’”.<sup>81</sup>

Assim, as instâncias políticas que realizam o etiquetamento, isto é, o processo de criminalização primário de condutas por intermédio do legislador e das agências oficiais de controle social, e, com isso rotulam indivíduo como criminoso, são responsáveis por essa estigmatização. Assim, o discurso de que o Direito Penal aplica sanções com intuito de retribuição e prevenção, torna-se obsoleto, pois a própria sanção contribui para uma segunda criminalização.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> Ibid., p. 42

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> Ibid., p. 88

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 75

<sup>82</sup> Ibidem.

### 1.3.5 Princípio da Igualdade

“A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos”.<sup>83</sup>

Como já mencionado, uma grande questão enfrentada pela criminologia são os crimes de colarinho branco. Além de não serem igualmente perseguidos, são ainda menos punidos em comparação a muitas outras matérias reguladas pelo direito penal. Segundo Baratta:

Trata-se, como se sabe, de fatores que são ou de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para as infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-formal (a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades), ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciante etc.).<sup>84</sup>

Sobre o tema, também discorre Zaffaroni<sup>85</sup>:

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que tem baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo ( a profecia que se auto-realiza ).

As estatísticas criminais são, geralmente, baseadas na criminalidade identificada e perseguida, portanto distorcem e apresentam um quadro falso sobre a distribuição de criminalidade nos grupos sociais, devido à seletividade da punição penal, pois a criminalidade não é um comportamento de uma seleta minoria, mas da maioria dos membros da sociedade.

---

<sup>83</sup> Ibid., p. 42

<sup>84</sup> Ibid., p. 102

<sup>85</sup> ZAFFARONI; et al, op. cit.

Chama-se esse fenômeno de “cifra negra”, que são os dados criminológicos não contabilizados na estatística penal.<sup>86</sup>

Segundo Baratta, é preciso levar em consideração que a pertença a um estrato social inferior não produz no indivíduo uma maior motivação a um comportamento desviante, mas que esse comportamento terá mais chances de ser definido como desviante, principalmente por parte dos detentores do controle social institucional, quando praticado por esse indivíduo do que quando praticado por outro de estrato social superior.<sup>87</sup>

### 1.3.6 Princípio do interesse social e do delito natural

O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).<sup>88</sup>

Segundo a criminologia tradicional, o desvio é uma qualidade objetiva de comportamentos e de indivíduos que violam interesses e necessidades próprios de toda a comunidade. Porém, sobre o tema discorre Baratta:

a) os interesses que estão na base da formação e da aplicação do direito penal são os interesses daqueles grupos que tem o poder de influir sobre os processos de criminalização – os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todos os cidadãos; b) a criminalidade, no seu conjunto, é uma realidade social criada através do processo de criminalização. Portanto, a criminalidade e todo o direito penal tem, sempre, natureza política. A referência à proteção de determinados arranjos políticos e econômicos, ao conflito entre grupos sociais, não é exclusiva de um pequeno número de delitos “artificiais”.<sup>89</sup>

Logo, conforme a doutrina da reação social, a criminalidade é atribuída através de processos de definição e mecanismo de reação, com natureza política. Muitas vezes, os interesses que baseiam essa atribuição tem origem em valores de grupos minoritários com

---

<sup>86</sup> BARATTA, op. cit.

<sup>87</sup> Ibidem.

<sup>88</sup> Ibid., p. 42

<sup>89</sup> Ibid., p.119

poderes de influência e não, como o previsto por essa ideologia, exclusivamente em valores gerais, comuns a todos os cidadãos.

## 2 DIREITO PENAL MÍNIMO

### 2.1 Introdução à teoria do Direito Penal Mínimo

Segundo Fejarroli, os sistemas de direito e de responsabilidade penal oscilam entre dois extremos opostos: o estado de direito e o estado totalitário. O modelo garantista, que caracteriza o estado de direito, não admite qualquer imposição de pena sem que:

[...] se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito; a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.<sup>90</sup>

Em contrapartida, os moldes autoritários se caracterizam pela debilidade ou ausência de alguns destes limites frente à intervenção punitiva estatal. Por isso o primeiro modelo pode ser identificado como Estado de Direito, em que o Poder Público está rigidamente limitado e vinculado à lei no plano substancial e submetido a um plano processual. O segundo modelo, por outro lado, configura o Estado absoluto ou totalitário, em que o poder público é total, carecendo de limites e condições.

Ferrajoli denomina estes extremos de “direito penal mínimo” (estado de direito) e “direito penal máximo” (estado totalitário): “referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas”.<sup>91</sup> Entre esses dois extremos existem diversos sistemas intermediários, assim haverá uma tendência ao sistema de direito penal máximo ou uma tendência ao sistema de direito penal mínimo.<sup>92</sup>

O direito penal mínimo é condicionado e limitado ao máximo, correspondendo “não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”<sup>93</sup> e a certeza perseguida pelo direito

---

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101

<sup>91</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>92</sup> Ibidem

<sup>93</sup> Ibid., p. 102

está em que “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”<sup>94</sup>.

O direito penal máximo, ao contrário, é incondicionado e ilimitado, caracterizando-se pela incerteza e imprevisibilidade, além de excessiva severidade. “A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido”<sup>95</sup>.

A corrente do direito penal máximo conhecida como *Law and Order* surgiu na década de 70 devido ao aumento da criminalidade. Conforme Alberto de Silva Franco<sup>96</sup>, essa corrente ganhou força em razão da ocorrência de fatores como: o aumento da criminalidade contra seguimentos sociais mais privilegiados; o terrorismo político; o tráfico de drogas; o sentimento de insegurança; e medo da violência.

Essa doutrina defendia a ideia de que “o combate à grande criminalidade deveria iniciar-se através da austera repressão e perseguição dos pequenos delitos”.<sup>97</sup> Para esse movimento, segundo Franco<sup>98</sup>, o crime é um fator patológico do convívio social, a criminalidade é uma doença infecciosa e o criminoso é um ser daninho. Assim, propagou-se a ideia de que deveria ser reestabelecida a “lei e a ordem”, pois dessa maneira se faria justiça aos “homens de bem”. Sua finalidade, na verdade, não era ser eficaz na tutela de bens jurídicos, mas sim provocar uma aparente sensação de segurança ao cidadão e apaziguar a opinião pública.

Na década de 90, a política do *law and order* foi intensificada com a criação do programa “tolerância zero”. A sociedade, sentindo-se refém das ações criminosas, julgou que os órgãos institucionalizados não eram mais capazes de reagir.<sup>99</sup> Os cidadãos, então, concederam ao Estado a legitimidade para aumentar sua força no controle do direito penal, que enrijeceu as penas e aumentou a tipificação de crimes.<sup>100</sup>

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é

<sup>94</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>95</sup> Ibid., p. 103

<sup>96</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 518 p.

<sup>97</sup> ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 113 p.

<sup>98</sup> FRANCO, op. cit.

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> SILVA, Louise Trigo da. Algumas reflexões sobre o direito penal máximo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)

prospectiva (ponto de referencia: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.<sup>101</sup>

As políticas de aumento da repressão penal e de fortalecimento da prevenção especial negativa, geradas com crescimento desse movimento, trouxe como resultado a inflação das leis penais que, com seu alto grau de repressão, violam várias garantias constitucionais, penais e processuais penais.<sup>102</sup>

Verifica-se, portanto, que o direito penal máximo, por ser ilimitado, severo e imprevisível, como já mencionado, configura-se como um sistema incontrolável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação, uma vez que ele não obedece nem mesmo às garantias e aos direitos fundamentais inerentes ao homem e previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como nos Tratados de Direitos Internacionais.<sup>103</sup>

Em contraste, o direito penal mínimo é um método necessário para se efetuar transformações no sistema penal e é um instrumento para o combate da própria violência que esse sistema gera. Sistemas penais periféricos, como o brasileiro, por exemplo, são caracterizados pela constante violação dos direitos humanos, principalmente devido à violência operacional do exercício de poder punitivo.<sup>104</sup>

A ideia da mínima intervenção penal busca a aplicação do direito penal conforme a Constituição e os Direitos Humanos, limitando-se “a disciplinar situações de absoluta necessidade para a segurança dos cidadãos”.<sup>105</sup> O controle social penal deve ser cercado de garantias para que a liberdade do cidadão não seja violada e, para tanto, é necessário que seja racional, previsível, transparente.<sup>106</sup> Conforme Ferrajoli: “resulta excluída de fato a

---

<sup>101</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2007. p. 67.

<sup>102</sup> NASPOLINI, Samyra Haydêe. **O Minimalismo Penal como Política Criminal de Contenção da Violência Punitiva**. 1995. 123 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

<sup>103</sup> SILVA, L. T., op. cit.

<sup>104</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit.

<sup>105</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 369.

<sup>106</sup> FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In: ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit.

responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo”.<sup>107</sup>

Desta forma, o direito penal mínimo e o garantismo jurídico visam assegurar uma defesa do fraco contra o forte, pois o ofendido é ameaçado com o delito e o réu é ameaçado pela vingança. Utilizando o monopólio da força, deve o direito penal impedir o exercício arbitrário de sujeitos não autorizados e deve estabelecer garantias para proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos. Destarte, possui como objetivo garantir a observância da tutela de valores e direitos fundamentais, protegendo os cidadãos contra as arbitrariedades das proibições e das punições.<sup>108</sup>

A teoria do direito penal mínimo representa uma proposta de política criminal alternativa na perspectiva da criminologia crítica. Trata-se, sobretudo, de um programa de contenção da violência punitiva através do direito baseado na mais rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias do Estado de Direito e dos direitos humanos de todos os cidadãos, em particular das vítimas, processados e condenados pelo sistema de justiça penal. Seu programa consiste numa ampla e rigorosa política de descriminalização e, numa perspectiva final, na superação do atual sistema de justiça penal e sua substituição por formas mais adequadas, diferenciadas e justas de defesa dos direitos humanos frente à violência.<sup>109</sup>

O garantismo jurídico proposto por Ferrajoli possui dez axiomas fundamentais:

*A1 Nulla poena sine crimine/ A2 Nullum crimen sine lege/ A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate/ A4 Nulla necessitas sine injuria/ A5 Nulla injuria sine actione/ A6 Nulla actio sine culpa/ A7 Nulla culpa sine judicio/ A8 Nullum judicium sine accusatione/ A9 Nulla accusatio sine probatione/ A10 Nulla probatio sine defensione.*<sup>110</sup>

A teoria geral do garantismo jurídico “está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais”.<sup>111</sup> Para a legitimação do Estado Democrático de Direito, não basta a democracia formal, deve-se alcançar também a democracia material, pois direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos.

O garantismo jurídico baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição iluminista – com escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação

<sup>107</sup> FERRAJOLI, op. cit. p. 102

<sup>108</sup> FERRAJOLI, op. cit.

<sup>109</sup> BARATTA (1993 apud NASPOLINI, op. cit.)

<sup>110</sup> FERRAJOLI, op. cit. p. 91

<sup>111</sup> Alexandre Morais da. **O que é o Garantismo Jurídico?:** teoria geral do direito. Florianópolis: Habitus, 2003. 112 p. (Para entender o direito).



da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante neoliberal.<sup>112</sup>

Essa limitação não se restringe ao poder executivo, mas também vincula o poder legislativo, pois não poderão ser elaboradas leis de maneira discriminatória nem em desacordo com a Constituição. Inclusive, o judiciário deve garantir os direitos fundamentais, “mediante controle de constitucionalidade material das normas, sujeitando os indivíduos, no Estado Democrático de Direito, somente às leis válidas, impedindo que eventuais maiorias violem direitos indissociáveis e construídos histórica e argumentativamente”.<sup>113</sup>

Os direitos fundamentais devem indicar tanto as obrigações positivas do Estado no âmbito social, para que sejam aplicados, quanto as obrigações negativas, para limitar a atuação estatal.

“Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para a resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político/jurídico do Estado”.<sup>114</sup>

Conforme leciona Queiroz<sup>115</sup>:

Bem mais razoável é, portanto, propugnar por um direito penal conforme a Constituição, é dizer, um direito penal mínimo, que se limite a disciplinar situações de absoluta necessidade para a segurança dos cidadãos. Naturalmente, o direito penal mínimo não é em si uma solução, mas parte da solução, pois o decisivo, para o controle racional da criminalidade, além de efficientização do controle social não penal (particularmente a efficientização do controle administrativo), é privilegiar intervenções estruturais (etiológicas), e não apenas individualizadas e localizadas (sintomatológicas), em especial com vista a criar as condições que evitem o processo de marginalização social do homem, por meio de políticas sociais de integração social deste. Um direito penal assim residual não é só, portanto, o programa de direito penal mais justo e mais eficaz; é também parte de um grande programa de justiça social e de pacificação dos conflitos. Assim, postas as coisas, terá o direito penal um papel bastante modesto e subsidiário de uma política social de largo alcance, mas nem por isso menos importante. Uma boa política social ainda é, enfim, a melhor política criminal.

Assim, o que se propõem é que o direito penal se adeque a Constituição, respeitando seus limites principiológicos. O presente trabalho não busca afirmar que o direito

---

<sup>112</sup> Ibid., p. 21

<sup>113</sup> Ibid., p. 29

<sup>114</sup> Ibid., p. 34

<sup>115</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 395

penal mínimo é a solução para o direito penal, porém ele é um meio de se buscar ao máximo o respeito ao Estado Democrático de Direito.

## 2.2 Princípios

### 2.2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade prevê que somente poderão ser aplicadas as sanções cominadas em lei estrita, isto é, elaboradas pelo Legislativo, vedando-se o uso de analogia e costumes para aplicá-las. Também, é imprescindível que as leis sejam certas e prévias.<sup>116</sup> “Só por lei, em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, o Estado poderá legislar sobre matéria penal, definindo as infrações penais e cominando as respectivas sanções”.<sup>117</sup> Segundo Bissoli<sup>118</sup>:

O princípio da legalidade penal impõem que a sanção penal seja cominada em lei estrita (elaborada pela casa legislativa competente, cujos representantes devem ser eleitos pelo voto popular, e com observância do respectivo processo legislativo), escrita (vedando-se a instituição de sanções penais por meio do costume ou da analogia), certa (que estabeleça claramente a consequência penal, tanto em espécie quanto em quantidade) e prévia (que esteja estabelecida antes da ocorrência da conduta em face da qual a sanção penal será aplicada).

O princípio da legalidade atende a uma necessidade de segurança jurídica e de controle do exercício do poder punitivo. Consiste, assim, em uma garantia do cidadão sobre os outros poderes do Estado.<sup>119</sup> Esse princípio possui diversos desdobramentos. Já no art. 1º do Código Penal encontra-se o princípio da reserva legal: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”.<sup>120</sup> O legislador fixa linhas fundamentais e somente por meio de lei poderá ser disciplinada a matéria penal.<sup>121</sup> Esse princípio garante a

---

<sup>116</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. **A Sanção Penal e suas Espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>117</sup> QUEIROZ, op. cit., p.45

<sup>118</sup> BISSOLI, op. cit. p.64

<sup>119</sup> QUEIROZ, op. cit.

<sup>120</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 21 maio 2016.

<sup>121</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Santo Antonio Fabris Editor, 2003.

previsibilidade da intervenção estatal, assegurando a segurança jurídica, pois não deverá submeter alguém à coerção penal distinta da prevista em lei<sup>122</sup>.

Assim, somente após a vigência da lei, ela poderá ser aplicada, não podendo alcançar fatos anteriores, caso contrário, incidiria em condutas que até então não constituíam ilícito penal ou que eram punidas menos gravemente. Todavia, excepcionalmente, a norma poderá retroagir se a lei mais recente for benéfica para o réu, seja por ser mais branda (*lex mitior*) ou por a conduta estar descriminalizada (*abolitio criminis*).<sup>123</sup>

Outro desdobramento que decorre desse princípio é a necessidade de clareza e precisão das normas (a chamada taxatividade da norma penal), pois as figuras delitivas devem ser objetivamente descritas, evitando-se a redação cláusulas gerais.<sup>124</sup> Conforme leciona Nilo Batista: “Formular tipos penais ‘genéricos ou vazios’, valendo-se de ‘cláusulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados’ ou ‘ambíguos’, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso”.<sup>125</sup>

Para anterioridade de lei impedir arbitrariedades em sua aplicação, as normas devem ser claras e objetivas. “Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos”.<sup>126</sup> Nesse sentido, leciona Queiroz<sup>127</sup>:

Não basta que a lei defina o crime e comine a respectiva pena, porque o Estado sempre poderá iludir semelhante garantia de legalidade de seus atos por meios de edição de leis penais de conteúdo excessivamente impreciso ou vago [...] por isso o princípio implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais [...] motivo pelo qual se trata de um princípio de legitimação democrática.

Por fim, ressalta-se que só a lei escrita, promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas. Consoante Ferrajoli<sup>128</sup>:

O juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais, ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas

<sup>122</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007

<sup>123</sup> QUEIROZ, op. cit.

<sup>124</sup> BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. **Doutrina Penal**, Buenos Aires, Argentina, n. 10-40, p.623-650, 1987. Tradução de: Francisco Bissoli Filho. Disponível em: <[http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO BARATTA Principios de direito penal minimo.pdf](http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20dereito%20penal%20minimo.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2016.

<sup>125</sup> BATISTA, op. cit, p. 78.

<sup>126</sup> LUISI, op. cit. p. 24

<sup>127</sup> QUEIROZ, op. cit. p. 46

<sup>128</sup> FERRAJOLI, op. cit. p. 38

(e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena.

Os costumes agem em matérias como, por exemplo, a adequação social, não sendo fonte legítima para a criminalização de condutas.<sup>129</sup> O legislador não pode tipificar condutas pelo simples fato de serem imorais, pois se a ação não atinge bem jurídico alheio, a sua punição deixa de ter um fim de proteção.<sup>130</sup>

## 2.2.2 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima não está expresso explicitamente na constituição e no código penal, porém ele integra a política criminal, “por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático”.<sup>131</sup> A intervenção penal, afinal, não deve ter uma dimensão expansionista, mas sim mínima, “expressando a ideia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da comunidade social em que ele está inserido”<sup>132</sup>. Conforme elucida Ferrajoli<sup>133</sup>, o fenômeno do inflacionamento penal:

[...] é um reflexo da crescente extensão da intervenção normativa do Estado na vida civil, e das consequentes passagens para o interesse público de setores sempre mais amplos numerosos de atividades e de interesses econômicos e sociais. Seu aspecto patológico, por outro lado, não está seguramente no crescimento das dimensões da intervenção pública, mas, precisamente, na forma penal assumida pelo seu sistema sancionador por causa da já revelada ineficiência das técnicas de controle político e administrativo.

O código de 1940 e a Lei das Contravenções Penais foram acrescidos por inúmeros tipos penais desnecessários. A Itália começou um esforço de despenalização do seu código rocco (utilizado como inspiração para a elaboração das supramencionadas leis), em 1967, revogando uma série de delitos, praticamente todos que previam aplicação de pena pecuniária, e transformando pequenos delitos em infrações administrativas. Primeiramente, estabeleceram que para uma conduta se tornar ilícito penal, deverá atingir valores fundamentais, valores básicos do convívio social e deve apresentar efetiva e real gravidade.

---

<sup>129</sup> BATISTA, op. cit.

<sup>130</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993.

<sup>131</sup> BATISTA, op. cit, p. 85

<sup>132</sup> FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In: ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit.

<sup>133</sup> FERRAJOLI, op. cit. p. 658

Também, estabeleceram que é indispensável que não haja outro meio no ordenamento jurídico que seja “capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal”.<sup>134</sup>

O excesso de penas que comportam características de sanções administrativas tem um efeito devastador, principalmente considerando que o efeito estigmatizante do sistema penal. A utilização exacerbada de leis penais provoca precisamente as situações que pretende combater, pois “nada favorece tanto a criminalidade quanto a penalização de qualquer bagatela”.<sup>135</sup> O inflacionamento de leis penais cria também uma irracionalidade no conjunto do ordenamento, pois dificulta a leitura das normas e consequentemente concedem aos juízes maior poder de disposição.<sup>136</sup>

As incertezas e confusões das leis geradas pelo inflacionamento penal confere uma ilusória presunção de conhecimento, pois é difícil extrair o tipo penal em todos os seus inúmeros fatores. Ademais, o excesso penal atrofia os critérios e justificações das proibições penais, tornando as leis penais cada vez menos ancoradas na tutela dos bens e dos direitos fundamentais ou constitucionalmente relevantes. Esse atrofiamento, ao longo do tempo, gera uma perda de credibilidade e de eficácia do sistema inteiro, sobrecarregando a máquina judiciária com delitos pequenos e múltiplos, impedindo a celeridade processual e desviando o foco de casos mais importantes.<sup>137</sup>

Uma rigorosa economia do controle social corresponde à ideia de uma sociedade igualitária e livre, e pode constituir um momento importante no processo de emancipação dos indivíduos e dos grupos, que tenda a deter ou a diminuir a “colonização” de seu “mundo de vida” por parte do sistema.<sup>138</sup>

O princípio da intervenção mínima relaciona-se com duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

O direito penal é fragmentário porque “não se protegem todos os bens jurídicos, mas só os mais importantes, nem sequer os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão só em face dos ataques mais intoleráveis”.<sup>139</sup> Também, é subsidiário, pois “não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo à liberdade se se dispõe de meios

---

<sup>134</sup> LUISI, op. cit. p. 45

<sup>135</sup> ROXIN, op. cit. p. 29

<sup>136</sup> FERRAJOLI, op. cit.

<sup>137</sup> Ibidem.

<sup>138</sup> BARATTA (1987), op. cit.

<sup>139</sup> QUEIROZ, op. cit. p.37

menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade”.<sup>140</sup>

O direito penal tem a característica de ser um remédio extremo, ou *ultima ratio*, pois ele deve ser ministrado somente quando os outros ramos jurídicos sejam insuficientes. Por exemplo, no código penal existe um dispositivo que vai de encontro com esse princípio: o crime de desobediência (art. 330 CP). A lei não faz a ressalva, mas é entendimento de alguns doutrinadores e dos tribunais que se concorrer uma sensação administrativa ou civil para a desobediência, não cabe aplicar a sanção penal.<sup>141</sup> Nesse sentido, explana Luiz<sup>142</sup>:

Tem se entendido, ainda, que o direito penal deve ser a *ratio* extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.

Para uma pena ser cominada, deve-se provar que não existem modos não penais de intervenção aptos para responder às situações em que os direitos humanos encontram-se ameaçados. “Não basta, portanto, haver provado a idoneidade da resposta penal; requer-se, também, demonstrar que essa não é substituível por outros modos de intervenção de menor custo social”.<sup>143</sup>

O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios de direito civil e de direito público o direito penal deve retirar-se [...] Se for utilizada quando bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, carece da legitimidade que lhe advém da necessidade social, e a paz jurídica vê-se perturbada pela presença de um exército de pessoas com antecedentes penais numa medida superior à que pode ser fundamentada pela cominação legal.<sup>144</sup>

Isso não significa que o direito penal não protegerá bens jurídicos já cobertos por outras áreas do ordenamento jurídico, mas que, quando o fizer, será de forma particular e autônoma, com distinta valoração.<sup>145</sup> O direito penal não é um sistema de ilicitudes que se encontra fora ou além da ordem jurídica vigente, porém é excepcional. Conforme Queiroz:

---

<sup>140</sup> QUEIROZ, op. cit. p. 35.

<sup>141</sup> BATISTA, op. cit.

<sup>142</sup> LUISI, op. cit. p. 40

<sup>143</sup> BARATTA (1987), op. cit.

<sup>144</sup> ROXIN, op. cit. p. 28.

<sup>145</sup> FRAGOSO (apud BATISTA, op. cit. p. 87).

“todos os preceitos primários penais pressupõem outro preceito não penal, do qual são o complemento e reforço”.<sup>146</sup>

### 2.2.3 Princípio da Lesividade (ou ofensividade)

As condutas criminalizadas devem ofender seriamente bem jurídico alheio, não bastando que sejam condutas meramente imorais.<sup>147</sup> “O direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos”.<sup>148</sup>

Por isso, Beccaria remetendo a Montesquieu ‘todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive de absoluta necessidade é tirânico’ [...] se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua absoluta necessidade são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.<sup>149</sup>

O princípio da lesividade tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso reforçar a sua legitimidade e credibilidade.<sup>150</sup> Segundo Nilo Batista<sup>151</sup>, esse princípio possui quatro funções principais:

1. Proibir a incriminação de uma atitude interna: os sentimentos dos homens, ou seja, seus desejos e aspirações, suas ideias e convicções, não podem constituir fundamento para um tipo penal, nem mesmo a cogitação para a prática de um crime é punível.

---

<sup>146</sup> QUEIROZ, op. cit. p. 37

<sup>147</sup> QUEIROZ, op. cit.

<sup>148</sup> ROXIN (apud BATISTA, op. cit. p. 91).

<sup>149</sup> FARRAJOLI, op. cit. p. 427

<sup>150</sup> Ibidem.

<sup>151</sup> BATISTA, op. cit.

2. Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor: não se pode punir alguém por atingir seu próprio bem jurídico quando a lesão não passar do próprio autor, como a autolesão, por exemplo, não há razão para ser punida.
3. Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais: o direito penal recai sobre a ação, não podendo ser um direito penal do autor.
4. Proibir a incriminação e condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico: a conduta não pode ser punida pelo simples fato de ser imoral. “Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral”.<sup>152</sup>

#### 2.2.4 Princípio da Proporcionalidade

Esse princípio busca regular que a gravidade da sensação penal esteja de acordo com a gravidade do fato regulado.<sup>153</sup> “Somente graves violações aos direitos humanos podem ser objeto de sanções penais. As penas devem ser proporcionais ao dano causado pela violação”.<sup>154</sup>

Deve haver efetiva necessidade para a segurança pública para justificar a intervenção penal, conforme já visto, devido à subsidiariedade e a fragmentariedade. A incidência de matéria penal só deve ser utilizada quando fracassarem outras instâncias menos onerosas e mais eficazes. Além disso, a intervenção penal precisa ter lógica entre meio e fim, ou seja, precisa ser necessária para afastar lesões ao bem jurídico que se quer proteger. Queiroz<sup>155</sup> aponta que “não parece fazer sentido algum reprimir os assim chamados crimes sem vítima, como é o caso da contravenção penal do jogo do bicho”.

A pena produz elevados custos sociais e às vezes até mesmo o surgimento de problemas mais graves do que aquele que o direito penal pretende resolver. Ademais, a criminalização de uma conduta pode gerar outra esfera de criminalidade ainda mais grave,

---

<sup>152</sup> ROXIN (apud BATISTA, op. cit. p. 91).

<sup>153</sup> QUEIROZ, op. cit.

<sup>154</sup> BARATTA (1987), op. cit.

<sup>155</sup> QUEIROZ, op. cit. 53



como no caso do crime organizado gerado pelo tráfico de drogas, que é muito mais problemático e grave do que o simples uso de drogas.<sup>156</sup>

Segundo Queiroz<sup>157</sup> o princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem uma tríplice dimensão: a) proporcionalidade abstrata, que ocorre quando se tem que eleger as sanções mais apropriadas, estabelecendo a graduação dos castigos; b) proporcionalidade concreta ou judicial, que deve orientar o juiz quando do julgamento da ação penal, promovendo a individualização da pena conforme a culpabilidade do réu e considerando as circunstâncias jurídico-penalmente relevantes; c) proporcionalidade executória, que corresponde à individualização da pena durante a execução penal conforme o mérito do condenado. Assim, o princípio possui um tríplice destinatário: o legislador, o juiz e os órgãos da execução penal.

## 2.2.5 Princípio da Adequação Social

Conforme já visto, o direito penal tipifica condutas que tenham certa relevância social. O princípio da adequação social acrescenta que se as condutas forem socialmente adequadas, não podem constituir delitos<sup>158</sup>. Conforme ensina Welzel<sup>159</sup>: “socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco de ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história”.

A função metódica da adequação social consiste em recortar das palavras formais dos tipos, aqueles acontecimentos da vida que materialmente a eles não pertencem, e em que, com isso, se consegue que o tipo seja realmente uma tipificação do injusto penal.<sup>160</sup>

Alguns comportamentos típicos, segundo Bitencourt<sup>161</sup>, “carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado”. Walzel cita o exemplo de lesões corporais decorrentes durante a prática de esportes, essas eventuais lesões que possam ocorrer são inconvenientes da sua prática regular.<sup>162</sup>

---

<sup>156</sup> BARATTA (1987), op. cit.

<sup>157</sup> Ibidem.

<sup>158</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>159</sup> WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Campinas: Romana, 2003. Tradução de: Afonso Celso Rezende. p. 106.

<sup>160</sup> Ibid., p. 109.

<sup>161</sup> BITENCOURT, op. cit p. 19.

<sup>162</sup> WELZEL, op. cit.

### 2.2.6 Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância foi sistematizado pela doutrina e pela jurisprudência, “a fim de que o direito penal incida apenas sobre ações e omissões concretamente graves”.<sup>163</sup> Assim, é utilizado como recurso de reconhecimento do caráter não criminoso de um ato que, embora seja formalmente típico, apresenta manifesta desproporção entre crime e castigo.<sup>164</sup>

Conforme o voto no Ministro Luís Roberto Barroso (HC nº 123.108 MG), foi assentado pelo STF algumas premissas importantes:

(i) a insignificância baseia-se nos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do direito penal; (ii) a insignificância exclui a tipicidade material; e (iii) para o reconhecimento da insignificância devem ser observados certos vetores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O Ministro ainda aduz que “a insignificância somente retira a tipicidade penal do fato, que, todavia, permanece ilícito para o direito como um todo e pode ser sancionado em outras esferas (cível, administrativa, etc.)”.<sup>165</sup>

A violência que o código penal busca proteger não é uma agressão mínima, deve ter certa intensidade, assim como as ameaças devem ser significativas<sup>166</sup>. Segundo leciona Roxin<sup>167</sup>:

[...] maus-tratos são uma lesão grave ao bem estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa.

Não basta a subsunção do fato à norma penal incriminadora, deve haver ofensividade relevante ao bem jurídico protegido para ser materialmente típica, sob pena, ainda, de a punição ser mais grave que a lesão provocada pela própria conduta que a originou.

---

<sup>163</sup> QUEIROZ, op. cit. p. 56.

<sup>164</sup> Ibidem.

<sup>165</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.108. Relator: Ministro Roberto Barroso.. Brasília, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 21 maio de 2016.

<sup>166</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 99 p. Tradução de: Luis Greco.

<sup>167</sup> Ibid., p. 47

Uma conduta que se adeque formalmente a uma descrição da lei pode, conforme a ocasião, não ser antinormativa.<sup>168</sup>

O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado. (...) A tipicidade penal requer que a conduta, além de enquadrar-se no tipo legal, viole a norma e afete o bem jurídico.<sup>169</sup>

Ainda, como o princípio da insignificância constitui uma excludente de tipicidade, pois, embora formalmente típica, a lesão não traduz, em concreto, uma lesão digna de proteção penal, parte da doutrina defende também que seu reconhecimento deve se dar independentemente da existência de maus antecedentes ou reincidência. Por exemplo, subtrair R\$ 1,00 (um real) não se torna significativa porque o autor não é primário ou responde ação penal pelo mesmo crime<sup>170</sup>. Nesse sentido, aduz Barroso que um direito penal que pune personalidades ou modos de vida em vez de crimes, não se configura mais como direito penal do fato, mas sim do autor.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> ZAFFARONI, et. al., op. cit.

<sup>169</sup> Ibid., p. 398

<sup>170</sup> QUEIROZ, op. cit.

<sup>171</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.108. Relator: Ministro Roberto Barroso.. Brasília, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 21 maio de 2016.



### 3 (NÃO) RECEPÇÃO DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO

Nesse capítulo foi analisada a relação entre direito penal e constituição e também a lei 9.099/95 que estabelece o procedimento em que as contravenções penais estão inseridas.

Por fim, foi feita uma análise de contravenções penais específicas, com o objetivo de fazer algumas ponderações mais práticas sobre as contravenções penais e sua (in) compatibilidade com o sistema penal e o ordenamento jurídico vigente.

#### 3.1 Direito Penal e Constituição

A Constituição é a fonte de legitimidade estatal que materializa em seu conteúdo os Direitos Fundamentais e, com isso, é também a primeira manifestação legal da política penal. Considerando o princípio da supremacia constitucional, a legislação penal deve enquadrar-se aos preceitos previstos na Constituição.<sup>172</sup>

O Poder Legislativo deve encontrar-se com a barreira dos Direitos Fundamentais em duplo sentido: a regulação das condutas deve se ater aos princípios constitucionais para que eles sejam aplicados e também para que não sejam violados.<sup>173</sup> Além disso, o Judiciário deve através do controle de constitucionalidade “servir como resistências às investidas dos Poderes Executivos e Legislativo, que representam retrocesso social ou ineficácia dos direitos individuais ou sociais”.<sup>174</sup>

“as constituições, portanto, não apenas são o repositório principal dos bens passíveis de criminalização, mas também contêm princípios relevantíssimos que modelam a vida da comunidade e que, para usar a linguagem dos constitucionalistas, constituem cláusulas pétreas, embaçadoras do sistema constitucional, insuscetíveis de serem revistas. E a presença destas cláusulas e dos direitos que ela consagram e delas derivam marcam limites que o legislador ordinário, principalmente em matéria penal, não pode transpor. A criminalização há de fazer-se tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da comunidade. E, embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções

<sup>172</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit.

<sup>173</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo – Introdução:** Por uma leitura garantista do Sistema de Controle Social.. Disponível em: <<https://guiacompactodoprocessopenal.wordpress.com/textos-conjur-e/garantismo-introducao/#sdfootnote2anc>>. Acesso em: 03 maio 2016.

<sup>174</sup> COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 58.

bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não violente os princípios básicos da constituição.<sup>175</sup>

A Carta Magna de 1988 possui princípios constitucionais penais explícitos como legalidade, pessoalidade, individualização da pena, humanidade e culpabilidade e também implícitos, como intervenção mínima e os fins da pena. Os bens que cabe o direito penal proteger devem ser encontrados na Constituição, assim, deve a criação de tipos penais estar vinculada aos direitos fundamentais. Mesmo que emergjam da realidade social novos bens jurídicos, que não eram valorados anteriormente e exijam proteção penal, deve-se regulá-los em conformidade com os princípios constitucionais. A constituição, portanto, é base e limite para a criminalização.<sup>176</sup>

Como já visto no 1º Capítulo, o Código Penal de 1940 se inspirou no chamado código Rocco (italiano), instaurando-se uma ampla inflação penal. Segundo Luiz<sup>177</sup>, os primeiros 120 artigos do Código Penal honram o legislador, porém o resto é:

[...] uma tipologia penal gigantesca, uma verdadeira barafunda. Temos leis penais de todos os tipos e para todos os gostos. Continuamos a editar a todo momento leis penais e o resultado disso, é um sistema penal falido. No Estado líder da Federação, existem duzentos mil mandados na rua. O que é isso? É a falência do sistema penal. Eu atribuo essa falência do sistema penal, como primeira causa, exatamente essa balbúrdia legislativa. Entendo eu é necessário conter o desvario criminalizador. É necessário conter o legislador, pôr-lhe freios.

Copeti<sup>178</sup> também observa que “mesmo ultrapassando a ditadura militar e reestabelecido o Estado de Direito, ainda observamos a manutenção de todo um aparato repressivo, nos mesmos moldes de um regime autoritário”. Com a promulgação da Constituição de 1988, formou-se uma proposta de outro modelo de sociedade, fundada no paradigma do Estado Democrático de Direito, e os moldes da legislação devem ser readaptados.

Luiz propõem que o princípio da intervenção mínima, que já está previsto no art. 8º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e o do Cidadão, seja posto de forma clara no texto constitucional. Para ele, deve haver uma nova forma do princípio da legalidade,

---

<sup>175</sup> LUISI, L. Bens Constitucionais e Criminalização. In Revista do Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 4, 1988, p. 105.

<sup>176</sup> Id., 2003., op. cit.

<sup>177</sup> Ibid., p. 115.

<sup>178</sup> COPETI, op. cit. p. 62.

ampliando seu conceito para: “não há crime, não há pena, sem lei prévia, determinada, atual e necessária”<sup>179</sup>.

Essa maximização operacional do sistema penal se revela, num primeiro momento, no aumento da edição de normas penais, fato que tem algumas consequências imediatas. A grande quantidade de leis penais não tem passado por um filtro constitucional, havendo, a partir disto, uma violação dos conteúdos principiológicos existentes em nossa Constituição, afrontando-se, com isso, os direitos fundamentais de primeira geração, seja por seus conteúdos processuais inquisitivos, seja por criminalizar uma série infundável de condutas gerando uma situação de incerteza para os cidadãos e invertendo a função originariamente cunhada para os tipos penais, que ao invés de servirem como garantia aos membros da sociedade civil contra a atuação arbitrária do Estado, possibilitam, contrariamente, uma atuação estatal penal desmesurada e não raras vezes ilegal.<sup>180</sup>

Incumbe ao legislador a seleção dos bens que devem ser protegidos pela sanção penal. Para isso, deve ser feita a valoração da relevância do bem, levando em consideração sua significação e importância, selecionando os mais graves que não poderão ser regulados mais apropriadamente por outras esferas. Os ilícitos penais não abrangem todas as áreas da ilicitude, mas somente um fragmento delas.<sup>181</sup>

Algumas parcelas do ordenamento devem contribuir mais do que outras, e neste aspecto entendemos que o direito penal, pela gravidade das sanções que impõem, deva ser parte do ordenamento jurídico menos utilizada para tal fim, pois uma exacerbação do ordenamento e da atuação estatal penal para a realização do Estado Social implicaria necessariamente uma violenta redução das liberdades individuais que são, sem dúvida alguma, um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.<sup>182</sup>

As normas são vigentes quando respeitam o processo legislativo, mas para serem válidas, devem ter pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior. É preciso analisar o critério de validade no contexto de um ordenamento jurídico em constante mutação, diante das necessidades de uma sociedade complexa, necessitando de compatibilidade material com a constituição para haver validade das normas.<sup>183</sup> No modelo constitucional-garantista, a validade não está ligada a mera existência formal da lei, mas também a compatibilidade com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos.<sup>184</sup>

---

<sup>179</sup> LUISI, 2003, op. cit., p. 116

<sup>180</sup> COPETTI, op. cit., p. 78

<sup>181</sup> LUISI, op. cit.

<sup>182</sup> COPETTI, op. cit. p. 81.

<sup>183</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus, 2002. 165 p.

<sup>184</sup> QUEIROZ, op. cit.

O Estado Democrático de Direito é algo dinâmico, não estático, assim, com a instituição da Constituição de 1988, “tornou-se imperativa a revisão pelo Estado de todo o seu aparato coercitivo, para, num processo constante de abertura, reduzir a coerção penal ao mínimo indispensável”.<sup>185</sup> O jurista deve realizar uma revisão crítica do direito penal, “mediante a reconstrução de conceitos de bem jurídico penal e do próprio delito de acordo com os princípios estruturais do Estado Democrático de Direito”.<sup>186</sup> Conforme Franco<sup>187</sup>:

No Estado de Direito, Juiz Penal não é policial de trânsito, não é vigia de esquina, não é zelador do patrimônio alheio, não é guarda do sossego de cada um. Não é sentinela do Estado. Ele não tem o encargo de bloquear a maré montante da violência ou de refrear a criminalidade, a criminalidade agressiva e ousada. O Estado verdadeiramente democrático reservou para tais fins outros órgãos da sua estrutura organizacional. A missão do juiz criminal é exercer função criativa nas balizas da norma incriminadora. É infundir em relação a determinadas normas punitivas o sopro social. É zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão. É garantir a ampla e efetiva defesa, do contraditório, e a isonomia de oportunidades favorecendo o concreto exercício da função da defesa. É invalidar as provas obtidas com a violação da autonomia ética da pessoa. É livrar-se do círculo fechado do dogmatismo conceitual, abrindo seu contato para as ciências humanas e sociais.

O juiz criminal não possui a função de regular os relacionamentos privados dos indivíduos, mas sim garantir a aplicação e observância dos direitos fundamentais.

Destarte, considerando essa nova conjuntura garantista da Constituição de 1988, os critérios utilizados para a seleção dos bens mais relevantes a serem protegidos penalmente devem ser revistos. Se o legislador se afastar dos limites impostos pela Constituição, a norma legislada deverá ser considerada inconstitucional por violar princípios fundamentais constantes no contrato social constitucionalizado. Nesse sentido, defende Baratta<sup>188</sup>:

A lei penal é um ato solene de resposta aos problemas sociais fundamentais que se apresentam como gerais e duradouros em uma sociedade. O procedimento que conduz a essa resposta deve compreender um exaustivo debate parlamentar e deve estar acompanhado de uma profunda análise no âmbito dos partidos políticos e de uma ampla discussão pública. [...] Os problemas que se devem enfrentar têm que estar suficientemente decantados antes de se pôr em prática uma resposta penal.

O Estado Democrático de Direito exige uma legitimação muito além da legalidade, mas conforme a ideia de justiça material.<sup>189</sup> Para isso, é necessário haver constante

---

<sup>185</sup> COPETI, op. cit., p. 99

<sup>186</sup> Ibid., p. 100

<sup>187</sup> FRANCO (apud LUISI, op. cit. p. 117).

<sup>188</sup> BARATTA (1987), op. cit..

<sup>189</sup> COPETI, op. cit.



debate sobre os problemas enfrentados na aplicação da legislação penal e sobre a sua conformidade com as garantias constitucionais.

### **3.2 As Contravenções Penais e o atual ordenamento jurídico**

Conforme o exposto no 1º Capítulo, as Contravenções Penais foram elaboradas durante um período político totalitarista e com fortes influências das escolas clássicas e positivistas, baseando-se na ideologia da defesa social. Ocorre que, desde então, houve grande mudança no pensamento criminológico e no ordenamento jurídico brasileiro.

Constitui-se, assim, as contravenções como um direito penal especial, historicamente ligado ao interesse governamental de fortalecer o Poder Executivo [...] que se procurou afastar das garantias constitucionais e hoje também internacionais que objetivam conter ou reduzir o poder punitivo.

Principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos princípios e garantias estabelecidas confrontam com a Lei das Contravenções Penais e essa legislação não pode ficar em dissonância com a atual estrutura constitucional-garantista estabelecida.

Nela, encontram-se tanto traços políticos particulares de seu período histórico, quanto contradições e movimentos próprios da mistura que havia no direito penal de então, que conjugava pressupostos clássicos com medidas próprias das novas correntes penais científicas. Por essa razão, deve ficar desde já a ressalva de que parte substantiva de seus dispositivos encontram-se até hoje fora do contexto, devendo ter sua aplicabilidade repensada em face da Constituição em vigor, bem como da Parte Geral de 1984, que, ao abraçar amplamente o princípio da culpabilidade, desencontra-se significativamente da Lei das Contravenções, calcada sobretudo no princípio da defesa social.<sup>190</sup>

As contravenções devem estar de acordo com a Constituição e os direitos humanos, como também com os princípios limitadores do código penal. Está previsto na exposição de motivos da parte especial do código penal:

Não é que exista diversidade ontológica entre crime e contravenção; embora sendo apenas de grau ou quantidade a diferença entre as duas espécies de ilícito penal, pareceu-nos de toda conveniência excluir do Código Penal a matéria tão miúda, tão varia e tão versátil das contravenções, dificilmente subordinável a um espírito de sistema e adstrita a critérios oportunistas ou meramente convencionais e, assim, permitir que o Código Penal se furtasse,

---

<sup>190</sup> NETTO, op. cit., p. 40.

na medida do possível, pelo menos aquelas contingências do tempo a que não devem estar sujeitas as obras destinadas a maior duração.<sup>191</sup>

Assim, Francisco Campos, ao justificar os motivos da separação das contravenções penais do código penal, afirmou, conforme o exposto acima, que a matéria é muito “miúda” para ser regulada pelo código penal. Assim, já na exposição dos motivos, é possível extrair uma grave violação dos princípios penais apresentados no capítulo segundo desta monografia, principalmente do princípio da intervenção mínima. Conforme expõem Ferrajoli<sup>192</sup>:

[...] haveria possibilidade de descriminalizar, em nome da máxima economia das proibições penais, toda a categoria das contravenções, e, junto com ela, a dos delitos puníveis exclusivamente com pena pecuniária, ou, alternativamente, com outra privativa de liberdade. [...] se o legislador configura um delito como contravençional e/ou prevê para ele uma sanção desse tipo, coloca de manifesto que não considera que a conduta ilícita seja lesiva de bens fundamentais e que o direito penal é um instrumento desproporcionado para preveni-lo. Pode-se dizer, em outras palavras, que nenhum bem considerado fundamental a ponto de se justificar a tutela penal pode ser monetarizado, de forma que a mesma previsão de delitos sancionados com penas pecuniárias evidencia ou um defeito de punição (se o bem protegido é considerado fundamental) ou, mais frequentemente, um excesso de proibição (se tal bem não é fundamental).

Consoante o explanado, o direito penal deve-se preocupar com matérias de grande relevância, pois é a *ultima ratio*, ou seja, somente será utilizado quando não haja outro segmento do direito capaz de proteger o bem jurídico de forma mais eficaz. O inflacionamento penal causado por regulação indiscriminada de condutas tem efeitos colaterais como a insegurança jurídica, o aumento de criminalidade e o afastamento da lei penal da tutela de direitos e garantias fundamentais. De acordo com Queiroz<sup>193</sup>:

Definir determinadas infrações como crime ou contravenção é uma questão de mera conveniência política. Aliás, não é incomum que contravenções sejam transformadas em crime, como ocorreu, por exemplo, com o porte ilegal de arma e com algumas contravenções contra o meio ambiente, convertidos que foram em crime. Mas o inverso, crimes tomarem-se contravenções, é de difícil ocorrência, já que, como regra, opera-se a descriminalização pura e simples da conduta, passando a ser um indiferente penal. Pensamos inclusive que as contravenções deveriam ser prontamente abolidas por serem desnecessárias e incompatíveis com um modelo de direito penal mínimo.

---

<sup>191</sup> BRASIL. *Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal* in SARAIVA (Ed.). *Vade Mecum Saraiva*: OAB e Concursos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>192</sup> FERRAJOLI, op. cit.

<sup>193</sup> QUEIROZ, op. cit. p. 143.

Portanto, é possível notar que quando há contravenções penais de maior relevância, são transformadas em crimes, visto que necessitam de uma regulação mais específica. Todavia, quando não são graves, a tendência é serem descriminalizadas por sua falta de relevância e seu caráter preponderantemente político da época em que foi criada. Assim, verifica-se a sua desnecessidade, afinal, não há uma matéria que seja melhor regulada pelas Lei das Contravenções Penais

### **3.2.1 A natureza da ação das Contravenções Penais e a Lei 9.099/95**

O juizado especial criminal foi estabelecido no art. 98, I, da Constituição Federal para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo. Conforme o disposto no art. 61 da Lei 9.00/05: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.<sup>194</sup>

Assim, nota-se que as contravenções penais seguem o rito sumaríssimo da lei 9.099/95. A base de orientação desse procedimento está previsto no art. 2º da lei: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Conforme os artigos 74 e 75 da referida lei, busca-se a composição dos danos civis no juizado especial criminal, em que o acordo gera um título executivo judicial. Com esse acordo, ocorrerá a extinção de punibilidade pela renúncia do direito de queixa ou de representação, portanto, se ação for privada ou pública condicionada à representação.<sup>195</sup>

Percebe-se, portanto, que a Lei 9.099/95 busca, sempre que possível a conciliação. Ocorre que a natureza da ação das contravenções penais é pública incondicionada, ou seja, mesmo que as partes cheguem ao consenso, o processo deve prosseguir de acordo com a lei, sendo de iniciativa do Ministério Público a elaboração de denúncia para a promoção da ação penal, conforme o art. 129, I, da Constituição Federal e art. 100 §1º do Código Penal.

---

<sup>194</sup> BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>195</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

### 3.3 Análise de artigos selecionados da Lei das Contravenções Penais

#### 3.3.1 Art. 21 da LCP (Vias de Fato)

Praticar vias de fato contra alguém significa:

[...]o exercício de violência ou força física de uma pessoa contra outra, sem o intuito de causar lesões corporais, as quais não são produzidas. É o ato de violento contra a pessoa com a intenção de causar mal físico, mas sem a cogitação ou produção de lesões corporais.<sup>196</sup>

Como já mencionado, a Lei das Contravenções Penais prevê que as ações penais são de natureza pública incondicionada. Ocorre que, com o advento da lei 9.099/05, os crimes de lesão corporal leve e culposa tornaram-se de ação pública condicionada à representação do ofendido, conforme previsto no art. 88 da lei 9.099/05<sup>197</sup>, ou seja, “passou-se a exigir, como condição para o exercício da ação penal pelo Ministério Público, a prévia representação do ofendido ou de seu representante legal ou mesmo de seus sucessores”.<sup>198</sup>

A infração penal divide-se conforme sua gravidade, em crimes e contravenções. Visto que as lesões corporais consistem em crime- fato mais grave, portanto – e, não obstante, condicionada à representação do ofendido, a jurisprudência vem entendendo não haver motivos para que não seja aplicado o mesmo, por analogia *in bonam partem*, ao artigo 21 da Lei de Contravenções Penais, que trata das vias de fato, agressão de menor gravidade.<sup>199</sup>

Porém há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre esse entendimento. Conforme o entendimento de Grinover et al<sup>200</sup>: “aqui não prevalece a regra, intocável do ponto de vista lógico, de que, se a lei exige representação para o mais (lesão corporal), também se faz necessária para o menos (vias de fato)”. Assim, segundo os autores, como não há previsão legal expressa que a referida contravenção penal seja condicionada à representação e, além disso, o art. 17 da LCP não foi derogado, não é possível exigir a representação como condição de procedibilidade e o entendimento diverso demandaria um processo analógico de consequências imprevisíveis.

<sup>196</sup> NETTO, op. cit., p. 114

<sup>197</sup> BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>198</sup> PINTO, Ronaldo Batista. **Representação do ofendido deverá ser exigida em vias de fato**. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jul-23/representacao\\_ofendido\\_exigida\\_vias\\_fato](http://www.conjur.com.br/2006-jul-23/representacao_ofendido_exigida_vias_fato)>. Acesso em: 25 maio 2016.

<sup>199</sup> NETTO, op. cit. p. 120

<sup>200</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à lei 9.099 de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 228

O entendimento do STJ segue nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. VIAS DE FATO. CONTRAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PLENO VIGOR DA LEI DE CONTRAÇÕES PENAS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O artigo 88 da Lei n.º 9.099/95, que tornou condicionada à representação a ação penal por lesões corporais leves e lesões culposas, não se estende à perseguição das contravenções penais. A contravenção penal de vias de fato, insculpida no artigo 21 da Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei n.º 3.688/41), ainda que de menor potencial ofensivo em relação ao crime de lesão corporal, não foi incluída nas hipóteses do artigo 88 da Lei n.º 9.099-95. 2. A Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei n.º 3.688/41) continua em pleno vigor e nela há expressa previsão legal de que a ação penal é pública incondicionada, conforme disciplina o seu artigo 17. 3. Recurso ordinário desprovido.<sup>201</sup>

Também, é o entendimento do STF:

Ação penal pública incondicionada: contravenção de vias de fato (LCP, art. 17). A regra do art. 17 LCP - segundo a qual a perseguição das contravenções penais se faz mediante ação pública incondicionada - não foi alterada, sequer com relação à de vias de fato, pelo art. 88 L. 9.099/95, que condicionou à representação a ação penal por lesões corporais leves.<sup>202</sup>

A partir dessa análise, já se percebe que há na contravenção uma incoerência com a evolução do ordenamento jurídico, pois se uma pessoa lesionar a outra, as partes podem se conciliar, porém, de uma pessoa agride a outra sem buscar e atingir o resultado lesão física, ou seja, comete uma ação menos grave, as partes não tem o direito de conciliação e cabe ao Ministério Público iniciar a ação penal, independentemente da vontade do ofendido.

A representação é um instituto que busca estabelecer um equilíbrio entre o interesse do indivíduo e do Estado, se não há interesse nem do ofendido, em casos com um dano pouco expressivo, também não haverá interesse da própria coletividade. Além do mais, por uma questão lógica, entender que a contravenção de vias de fato é de ação pública incondicionada, significa dizer que o agente estará sujeito a um processo punitivo mais severo quando não lesionar do que quando lesionar outro indivíduo.<sup>203</sup>

<sup>201</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n.º 47253. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 17 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>202</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 80617. Relator: Ministra Sepúlveda Pertence. Brasília, 04 maio 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>203</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Algumas questões relacionadas com a representação do ofendido na Lei dos Juizados Especiais Criminais. *Justitia*, São Paulo, v. 173, n. 58, p.18-21, jan./mar. 1996.

A incoerência com o sistema prejudica a segurança jurídica. Essa incoerência é característica resultante do inflacionamento penal, que gera “uma crescente falta de certeza, obscuridade e dificuldade de conhecimento do direito”.<sup>204</sup>

Por fim, ressalta-se que a referida contravenção fere os princípios da intervenção mínima e da lesividade, pois como já exposto, o direito penal deve se preocupar com a proteção dos bens jurídicos mais importantes quando outros ramos do direito não forem capazes de resolver com mais eficácia, não cabe ao direito penal tutelar qualquer briga e desentendimento entre particulares. O bem protegido por essa contravenção é a “incolumidade física e pessoal”<sup>205</sup>. Ocorre que para essa contravenção se configurar, não pode haver a intenção de lesionar a integridade física do outro indivíduo, ou seja, há, na verdade, uma intenção de preventiva na tipificação dessa conduta. Segundo o raciocínio de Nelson Hungria, essa contravenção foi criada, pois “por meio de uma infração de pequeno potencial ofensivo, origina-se uma infração penal mais grave”<sup>206</sup>, claramente demonstrando a influência da ideologia da defesa social, porém, como já foi dito anteriormente, “nada favorece tanto a criminalidade quanto a penalização de qualquer bagatela”.<sup>207</sup>

### 3.3.2 Artigos 42 e 65 da LCP (Perturbação do sossego e Perturbação da Tranquilidade)

Prevê o artigo 42 da Lei das Contravenções Penais:

Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.<sup>208</sup>

O bem jurídico que essa contravenção busca proteger é a paz pública e, para sua configuração, deve-se atingir a coletividade.<sup>209</sup>

<sup>204</sup> DOTTI p. 65

<sup>205</sup> NETTO, op. cit. p. 117

<sup>206</sup> HUNGRIA apud NETTO, op. cit. p. 117

<sup>207</sup> ROXIN, op. cit. p. 29

<sup>208</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 de maio 2016.

<sup>209</sup> NETTO, op. cit.

Por sua vez, está previsto no art. 65 da Lei das Contravenções Penais: “molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável”<sup>210</sup>. A perturbação da tranquilidade atinge pessoa determinada, portanto, a paz de espírito individual e, para ser típico, deve o agente agir com intenção ou por motivo reprovável.<sup>211</sup>

Conforme já exposto no item anterior, as contravenções penais são de ação pública incondicionada, portanto, nesses casos, mesmo que for feito um acordo buscando a paz social e a boa convivência de todos, a ação não poderá ser extinta por acordo e falta de interesse das partes no prosseguimento do feito, conforme a precisão legal. Ainda assim, sem fundamentar as bases legais e teóricas que ensejaram entendimento diverso, é possível colher jurisprudência que extingue a punibilidade por desinteresse da vítima na contravenção penal de perturbação da tranquilidade. Analisando decisões da Turma Recursal do Rio Grande do Sul, é possível notar diversos entendimentos contraditórios:

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE AMEAÇA E CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR AUSÊNCIA DEREPRESENTAÇÃO. A contravenção tipificada no artigo 65, da Lei das Contravenções Penais, independe de representação da vítima. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.<sup>212</sup>

APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. ART. 65 DO DL 3.688/41. RETRATAÇÃO DAS VÍTIMAS EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA TURMA RECURSAL. É cabível a retratação da representação até a prolação da sentença, especialmente perante o juízo, em audiência, o que resulta na extinção da punibilidade da ré por ausência de condição de procedibilidade. A renúncia expressa das vítimas, antes da sentença, no âmbito dos Juizados Especiais, acarreta a extinção da punibilidade do delito nos moldes do art. 107, V, do CP. DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO DELITO E PREJUDICADO O EXAME DO MÉRITO RECURSAL.<sup>213</sup>

APELAÇÃO CRIME. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. ART. 65 DA LCP. DENÚNCIA REJEITADA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. RENÚNCIA DEREPRESENTAÇÃO. Não há justa causa para a ação penal, quando os meios extrapenais podem ser utilizados para obter a tranqüilidade pessoal. Não comparecimento da vítima em audiência preliminar implica

---

<sup>210</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 de maio 2016.

<sup>211</sup> NETTO, op. cit.

<sup>212</sup> BRASIL. Turma Recursal Criminal. Apelação Criminal nº 71001446566. Relator: Juíza Angela Maria Silveira. Porto Alegre, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>213</sup> BRASIL. Turma Recursal Criminal. Apelação Criminal nº 71005313408. Relator: Juiz Luciano Andre Losekann. Porto Alegre, 14 set. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

renúncia da representação. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.<sup>214</sup>

Observando-se as decisões acima mencionadas, é possível notar grandes inconsistências entre elas. Na primeira decisão, a contravenção penal foi considerada de ação pública incondicionada, porém na segunda e na terceira foram consideradas condicionadas à representação, visto que na segunda foi arquivado os autos por extinção da punibilidade com base na renúncia expressa de representação e na terceira foi considerado que a ausência da vítima na audiência preliminar implica renúncia da representação, além que de “não há justa causa para a ação penal, quando os meios extrapenais podem ser utilizados para obter a tranquilidade pessoal”.

Outra questão importante é sobre o dolo de perturbar. No art. 65 da LCP resta claro que deve haver a intenção, porém o art. 42 da LCP, como não faz menção ao tema, fica sujeito ao art. 3º da LCP que prevê: “para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”.<sup>215</sup> Assim, segundo o referido artigo, o que importa é vontade de praticar o fato, independentemente do resultado, não havendo necessidade de distinguir, portanto, dolo e culpa.

O termo leva à aplicação de culpa presumida, portanto caberá ao autor provar sua inocência.<sup>216</sup> A partir disso, estará caracterizada a responsabilidade penal objetiva, afrontando o princípio constitucional da responsabilidade pessoal e o princípio da culpabilidade do direito penal (*nullum crimen sine culpa*).<sup>217</sup> No HC nº 88875, o STF decidiu:

[...] Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (“*nullum crimen sine culpa*”), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do “*versari in re illicita*”, banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para

<sup>214</sup> BRASIL. Turma Recursal Criminal. Apelação Criminal nº 71000971564. Relator: Juíza Nara Leonor Castro Garcia. Porto Alegre, 09 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>215</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 de maio 2016.

<sup>216</sup> SZNICK, Valdir. Elemento Subjetivo nas Contravenções Penais. **Justitia**, São Paulo, v. 144, n. 50, p.96-106, out. 1988.

<sup>217</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“essentialia delicti”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.<sup>218</sup>

Nesse contexto, a Turma 2ª Turma de Recursos dos Juizados Cíveis e Criminais do Distrito Federal decidiu no sentido de que para a contravenção penal de perturbação do sossego se configurar, é necessário haver dolo:

PENAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO. PRÁTICA DE ATOS TENDENTES A ELIMINAR O BARULHO PROVOCADO. INEXISTÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. CONDUTA ATÍPICA. - A prática de atos tendentes a eliminar o barulho, ensejador da perturbação aos vizinhos demonstra que o agente não agiu com o dolo exigido para configuração da infração penal descrita no artigo 42, inciso III, do Decreto Lei 3688/41, o que torna a conduta atípica. - Sentença que julgou improcedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, em face da atipicidade da conduta, mantida em todos os seus termos.<sup>219</sup>

Todavia, a Turma Recursal do Rio Grande do Sul possui entendimento distinto, aplicando o art. 3º da LCP:

PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIO. Comprovadas a existência e autoria da infração, restou configurado o delito de perturbação do sossego alheio. O elemento subjetivo do dolo é relativizado na contravenção penal, conforme previsto no artigo 3º do Decreto-lei 3688/41. NEGARAM PROVIMENTO.<sup>220</sup>

PERTURBAÇÃO DE SOSSEGO ALHEIO. ARTIGO 42, INC. IV, DO DL. 3.688/41. EXISTÊNCIA E AUTORIA DEMONSTRADAS. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. TESE DA ATIPICIDADE DA CONDUTA AFASTADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Acusado que não toma providências para evitar que seus cães latassem constantemente, perturbando o sossego dos moradores de edifício vizinho, pratica a contravenção em comento, que não exige dolo específico, bastando a omissão voluntária hábil

<sup>218</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88875. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 09 março 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>219</sup> BRASIL. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Apelação Criminal nº 2005.01.1.063990-3. Relator: Juiz César Laboissiere Loyola. Brasília, 11 jul. 2006. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2006.

<sup>220</sup> BRASIL. Turma Recursal Criminal. Apelação Criminal nº 71001174887. Relator: Juiz Alberto Delgado Neto. Porto Alegre, 19 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

a perturbar o sossego alheios, independentemente do ânimo que moveu o agente. Relevância jurídica da conduta, que perturbou, de modo significativo, a coletividade dos moradores do prédio, que chegaram a firmar abaixo assinado visando providências da autoridade policial. Rejeitada a preliminar de nulidade da sentença, que condenou o réu pelo delito previsto no inciso III, em detrimento do inciso IV, do artigo 42 da LCP, visto que o erro material não trouxe prejuízo à defesa do réu, que se defendeu do fato descrito na denúncia. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. <sup>221</sup>

APELAÇÃO CRIME. PERTURBAÇÃO DE SOSSEGO ALHEIO. ARTIGO 42, INCISO IV, DO DL. 3.688/41. EXISTÊNCIA E AUTORIA DO DELITO DEMONSTRADAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. Acusada que não tomou providências para evitar que seus cães latassem constantemente, perturbando o sossegados vizinhos, pratica a contravenção em comento, que não exige dolo específico, bastando a omissão voluntária hábil a perturbar o sossego alheios, independentemente do ânimo que moveu o agente. Relevância jurídica da conduta, que perturbou, de modo significativo, a coletividade dos moradores do condomínio, não se restringindo ao condômino que registrou a ocorrência policial. <sup>222</sup>

É possível deslumbrar a partir dessa análise a insegurança jurídica que gera leis defasadas. Embora o STF já tenha se pronunciado sobre o tema, dizendo que não é possível afastar o princípio da culpabilidade na esfera penal, sob pena de indevidamente se aplicar um direito penal de responsabilidade objetiva, o art. 3º da LCP ainda é aplicado.

Também, nas Turmas Recursais de Santa Catarina, há grandes contradições:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DE SOSSEGO. APARELHO DE SOM EM AUTOMÓVEL. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA FIRME E CONSISTENTE EM AFIRMAR QUE NO MOMENTO DA ABORDAGEM HAVIA VOLUME EXCESSIVO. PROVA HÍGIDA. SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Mesmo que no local dos fatos houvessem vários veículos, e que os relatos de perturbação tivessem se iniciado ainda do dia anterior se, no momento da abordagem se constatou sonorização excessiva pelo acusado, o delito se consumou. <sup>223</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIO. ART. 42, III, DO DECRETO-LEI N. 3.688/41. RECURSO DOS RÉUS BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. CONTRAVENÇÃO

<sup>221</sup> BRASIL. Turma Recursal Criminal. Apelação Criminal nº 71002118081. Relator: Juíza Cristina Pereira Gonzales. Porto Alegre, 25 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>222</sup> BRASIL. Turma Recursal Criminal. Apelação Criminal nº 71003770377. Relator: Juíza Cristina Pereira Gonzales. Porto Alegre, 09 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

<sup>223</sup> BRASIL. Terceira Turma de Recursos - Chapecó. Apelação Criminal nº 2014.301055-7. Relator: Juiz Marcos Bigolin. Chapecó, 03 out. 2014. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 31 maio 2016.

CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

“Pratica a conduta descrita no art. 42, III, da LCP o agente que tem o hábito de ligar aparelho de som em alto volume, incomodando vizinhos” (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Apelação Criminal nº 1325653/1, Décima Quinta Câmara, rel. Juiz Fernando Matallo).

“Não se exige, para a configuração da contravenção penal do art. 42, III, embora recomendável, que sejam perfeitamente identificadas e nominadas, tampouco inquiridas, as vítimas da perturbação do sossego. Suficiente é a prova de que o som excessivo tenha provocado perturbação ao sossego dos vizinhos, que acionaram os policiais militares” (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.601233-4, de Trombudo Central, rel. Juiz Leandro Passig Mandes).

“Se o conjunto probatório aponta com segurança a materialidade e a autoria da contravenção penal narrada na denúncia, inviabiliza-se a absolvição” (TJSC, Apelação criminal. n. 2008.027307-8, de Joaçaba, Juiz prolator Ademir Wolff).<sup>224</sup>

CONTRAVENÇÃO PENAL – PERTURBAÇÃO DE SOSSEGO – SOM MECÂNICO PROVENIENTE DE VEÍCULO – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES SEM FORÇA PROBATÓRIA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO – DECLARAÇÕES DE VIZINHOS QUE NÃO SE SENTIRAM PREJUDICADOS COM O SOM – DÚVIDA – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

“Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. [...] Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita” (STF, HC nº 88.875, do Amazonas, rel. Min. Celso de Mello).

“A condenação criminal exige certeza absoluta, embasada em dados concretamente objetivos e indiscutíveis que evidenciem o delito e sua autoria, não bastando, para tanto, a alta probabilidade daquele ou desta. A certeza não pode ser subjetiva, formada pela consciência do julgador, de modo que, em remanescendo dúvidas entre o jus puniendi e o jus libertatis, deve-se inclinar sempre em favor deste último, uma vez que dessa forma se estará aplicando um dos princípios corolários do Processo Penal de forma justa” (Apelação Criminal n. 2011.026249-1, de Lages, relª. Desª. Salete Silva Sommariva).

É de ser mantida a absolvição do acusado da prática de perturbação do sossego alheio se os depoimentos de policiais militares, colhidos em juízo, não corroboram, com a mesma segurança, as declarações que prestaram na fase policial [art. 155 do CPP], sobretudo quando os depoimentos de vizinhos não fornecem subsídios para a caracterização do delito, pois não acionaram os policiais militares e não se sentiram perturbados com o barulho

<sup>224</sup> BRASIL. Sexta Turma de Recursos - Lages. Apelação Criminal nº 2015.600105-9. Relator: Juiz Francisco Carlos Mambrini. Lages, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 31 maio 2016.

produzido pelo veículo.<sup>225</sup>

CONTRAVENÇÃO PENAL. PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO – ART. 42, DO DECRETO-LEI 3.688/41. SOM EM VOLUME EXCESSIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A PERTURBAÇÃO ATINGIU UMA COLETIVIDADE DE PESSOAS - FATO ATÍPICO.

Para tipificar a contravenção do art. 42 da Lei das Contravenções Penais, deve a perturbação do sossego atingir uma multiplicidade de indivíduos. Na espécie, a prova não aponta que o réu tenha perturbado o sossego da coletividade. O incômodo proposital a uma pessoa determinada pode configurar a contravenção prevista no artigo 65 da LCP, imputação que não se encontrada descrita na inicial. (TJRS, Rec. Crim. n. 71003738473, rel. Fabio Vieira Heerd) [...] <sup>226</sup>

Percebe-se que há decisões tanto no sentido de que não é necessário a oitiva das vítimas para ficar caracterizada a perturbação do sossego, bastando o depoimento dos policiais militares afirmando que havia som alto ou de uma testemunha declarando que havia esse excesso sonoro, como também no sentido de que deve estar provada cabalmente que houve a perturbação da coletividade e deve haver depoimentos que demonstrem a ocorrência de perturbação, não sendo cabível presunções.

As contravenções do art. 42 e 65 da LCP, além do mais, ferem gravemente o princípio da intervenção mínima, visto que os problemas de perturbação, principalmente por questões sonoras, podem ser facilmente resolvidos em outras esferas do direito, por exemplo:

Verificado o barulho excessivo produzido pelo ofensor, a parte lesada pode ajuizar ação cível para cessar o ruído (cessado o barulho, a ação é meramente indenizatória). Cito dois exemplos de ações individuais, cumuladas ou não com indenização por danos morais e/ou materiais, que podem ser ajuizadas na esfera cível: a tutela inibitória (nos termos do artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil) e a ação de dano infecto (baseada no artigo 1.277 do Código Civil). Há outras ações, como a ação coletiva (ação civil pública – artigo 1º, inciso I, da Lei 7.347/1985, vide, por exemplo, Ap. Cív. 626.953-8, TJPR, Rel. Rosene Arão de Cristo Pereira, julg. 02.03.2010 e Ap. Cív. 724.917-6, TJPR, Rel. Leonel Cunha, julg. 15.02.2011, interpostos pelo Ministério Público) ou a ex delicto, mas nos restringiremos às duas hipóteses anteriormente citadas.<sup>227</sup>

<sup>225</sup> BRASIL. Sexta Turma de Recursos - Lages. Apelação Criminal nº 0002302-05.2014.8.24.0022. Relator: Juiz Leandro Passig Mendes. Lages, 24 set. 2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 31 maio 2016.

<sup>226</sup> BRASIL. Quinta Turma de Recursos - Joinville. Apelação Criminal nº 2013.501541-5. Relator: Juiz Fernando de Castro Faria. Joinville, 09 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 31 maio 2016.

<sup>227</sup> NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Quanto vale o sossego? Minha paz não tem preço**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-22/irving-nagima-direito-sossego-consequencias-eferas-civel-criminal>>. Acesso em: 27 maio 2016

Ainda, como afirma Queiroz<sup>228</sup>: “Faltam-lhes, com efeito, em face da mínima significação social dos fatos erigidos à categoria de contravencionais, dignidade penal, uma vez que não atentam contra (ou põe seriamente em perigo) bens jurídicos fundamentais”.

Porém, o TJ-DF ao abordar o tema, afirmou que os princípios da “adequação social, da subsidiariedade, da insignificância, da fragmentariedade, da inexistência de lesividade social e da intervenção mínima” não são aplicáveis, sob pena de se caracterizar a *abolitio criminis*:

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. CONTRAVENÇÃO PENAL. ABUSO DE INSTRUMENTO SONORO. PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIOS (ART 42, I, II, E III, DO DECRETO LEI 3.688/44 C/C O CAPUT DO ART. 71 DO CP). RECEPÇÃO DA NORMA PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. LEGÍTIMA A INTERVENÇÃO PENAL PARA ASSEGURAR A PAZ SOCIAL PUNINDO O PERTURBADOR DA TRANQUILIDADE COLETIVA. INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DA SUBSIDIARIEDADE, DA INSIGNIFICÂNCIA, DA FRAGMENTARIEDADE, DA INEXISTÊNCIA DE LESIVIDADE SOCIAL E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NA ÁREA PENAL, SOB PENA DE CARACTERIZAR INDEVIDAMENTE A ABOLITIO CRIMINIS. RESSALTE-SE QUE, NO PRESENTE CASO, O BEM TUTELADO É A PAZ SOCIAL E A SAÚDE PÚBLICA, POIS O ABUSO SONORO, ALÉM DE PERTURBAR A COLETIVIDADE, COLOCA EM RISCO A SAÚDE FÍSICA E MENTAL DOS OUVINTES, REALÇANDO A IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO PENAL DIANTE DA NOCIVIDADE AO MEIO SOCIAL. INEXISTÊNCIA DE DESCRIMINILIZAÇÃO, DIANTE DA ABSOLUTA RECEPCIONALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEI DAS CONTRAVENCOES PENAIAS E DO RECONHECIMENTO DE QUE TAL NORMA, ABSTRATAMENTE CONSIDERADA, MANTÉM IMACULADA A RELEVÂNCIA SÓCIO-JURÍDICO-PENAL DAS CONDUTAS ALI PREVISTAS. TIPICIDADE MATERIAL VERIFICADA. AUTORIA E MATERIALIDADE FORMAL VERIFICADAS. A IDENTIFICAÇÃO NA DENÚNCIA DE NOVE MORADORES (VIZINHOS), VÍTIMAS DO BARULHO CAUSADO PELO RÉU, É PLENAMENTE SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A OFENSA À COLETIVIDADE. TAL CONVICÇÃO É REFORÇADA PELA EXISTÊNCIA DE DUAS AUTUAÇÕES LAVRADAS PELA SEMARH E IBRAM, QUE RESULTARAM NA APLICAÇÃO DE MULTAS AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DO RÉU E INTERDIÇÃO DAS EMISSÕES SONORAS, ALÉM DE UM ABAIXO-ASSINADO DOS MORADORES DENUNCIANDO A PERTURBAÇÃO AO SOSSEGO DA COLETIVIDADE (FLS. 292). PROVA ROBUSTA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. CORRETA A FIXAÇÃO DA PENA BASE EM UM MÊS DE PRISÃO SIMPLES, LEVANDO EM CONTA A EXISTÊNCIA DE UMA INCIDÊNCIA PENAL EM DESFAVOR DO RÉU (FL. 45), E QUE, DEVIDO À

---

<sup>228</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo, 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.116

EXISTÊNCIA DE CRIME CONTINUADO, FOI AUMENTADA EM 2/3, DIANTE DAS INÚMERAS OCORRÊNCIAS DO ATO ILÍCITO, SENDO FIXADA, EM DEFINITIVO, NO PATAMAR DE TRÊS MESES E DEZ DIAS. A APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA ISOLADA NÃO É RECOMENDADA, POIS SE APRESENTA INEFICAZ PARA O DESESTÍMULO AO CRIME, PRINCIPALMENTE, AO SE CONSIDERAR A PRÉ-EXISTÊNCIA DE MULTAS ADMINISTRATIVAS E O PROSSEGUIMENTO DO RÉU NA VIA DELITUOSA. ILEGALIDADE NA CONVERSÃO DA PRISÃO SIMPLES EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE (ART. 46 CP). READEQUAÇÃO NA IMPOSIÇÃO DA PENA. AFASTAMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PARA IMPOR A PENA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, TÃO-SOMENTE PARA SUBSTITUIR (ART. 44, § 2º, DO CP) A PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PARA LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA (ART. 48 CP), CONSISTENTE NA OBRIGAÇÃO DE O RÉU PERMANECER, AOS SÁBADOS E DOMINGOS, POR 5 HORAS DIÁRIAS, PELO PERÍODO DA CONDENAÇÃO (TRÊS MESES E DEZ DIAS), EM CASA DE ALBERGADO OU OUTRO ESTABELECIMENTO ADEQUADO, PODENDO, DURANTE A SUA PERMANÊNCIA, LHE SEREM MINISTRADOS CURSOS E PALESTRAS OU ATRIBUÍDAS ATIVIDADES ALTERNATIVAS, NA FORMA INDICADA PELO MAGISTRADO DA EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA MANTIDA NOS SEUS DEMAIS TERMOS.<sup>229</sup>

Atualmente, o processo supracitado está no STF aguardando julgamento do Recurso Extraordinário interposto pela parte autora, por meio da defensoria pública.<sup>230</sup>

Por fim, destaca-se voto vencido do Juiz Alexandre Morais da Rosa na Quinta Turma de Recursos de Santa Catarina (Joinville):

Fiquei vencido por entender, no caso, que a questão é eminentemente civil. O vizinho, insatisfeito com o uso da propriedade por parte do proprietário próximo, deve nos termos do art. 1.227 do Código Civil, promover a ação respectiva para restringir os abusos do vizinho, naquilo que Atienza e Manero denominam como ilícitos atípicos (ATIENZA, Manoel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta, 200, págs 32-66). Isto porque, o Direito Penal, em uma sociedade democrática, deve ser exceção, de caráter fragmentário (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paulo Zomer, et, ali. São Paulo: RT, 2000). O que de fato acontece, na espécie, é que se busca resolver penalmente questões que são da esfera civil. Decerto por ausência de acesso à Justiça (MORAIS DA ROSA, Alexandre. Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005, págs. 57-73). Todavia, o direito penal não pode ser usado com tal finalidade. Partindo-se do Direito Penal como *ultima ratio* (princípio da lesividade,

<sup>229</sup> BRASIL. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Apelação nº 2011.01106848-34. Relator: Juiz Fernando Almeida da Fonseca. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 out. 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 26 maio 2016

<sup>230</sup> Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 31 de maio de 2016.

necessidade e materialidade), a regulamentação de condutas deve se ater à realização dos Princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito, construindo-se, dessa forma, um modelo minimalista de atuação estatal que promova, de um lado, a realização desses Princípios e, de outra, impeça suas violações, como de fato ocorre com a explosão legislativa penal contemporânea (Chourk), quer pelas motivações de manutenção do *status quo*, como pela ‘Esquerda Punitiva’ (KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 1, págs 79-92, 1996). Por isto votei no sentido de absolver o acusado, declarando a inexistência da contravenção em face da Constituição da República.<sup>231</sup>

### 3.3.3 Art. 50 e 58 da LCP

Segundo o art. 50 da LCP, configura a contravenção de jogo de azar: “estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele”.<sup>232</sup> E o art. 58 da LCP refere-se a prática de jogo do bicho “explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração”.<sup>233</sup>

Primeiramente, ressalta-se que essas contravenções encontram-se no Capítulo VII da Lei das Contravenções Penais, que trata das contravenções relativas à polícia de costumes. O legislador busca, por meio de punição penal, reprimir atos violadores da moral e dos bons costumes. Nesses referidos artigos, aborda-se condutas relativas à jogos, no intuito de “valorizar o comportamento útil dos indivíduos e de preservar o patrimônio da família, uma vez que os males causados pelo vício da jogantina são capazes de arruinar toda a estrutura de uma família, bem como de levar o indivíduo a prática de crimes para manter seu vício”.<sup>234</sup>

Trata-se de uma grande hipocrisia haver jogos promovidos pelo Estado (loterias estaduais e federais), e criminalizar-se os jogos de azar. O Estado quer ter o monopólio dos jogos de azar? Se o próprio Estado realiza jogos de azar, por que não legalizá-los definitivamente? Neste caso, a preocupação com o jogador compulsivo não pode ser utilizada como escusa, já que o próprio Estado realiza jogos de azar. [...] Existem os alcoólatras e o consumo da bebida alcoólica não é proibida. Existem os que bebem, comem, se drogam, fazem sexo compulsivamente, então o Estado deveria também

<sup>231</sup> BRASIL. Quinta Turma de Recursos - Joinville. Apelação Criminal nº 228. Relator: Juiz Alexandre Moraes da Rosa. D. Joinville, 29 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 31 maio 2016.

<sup>232</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 de maio 2016.

<sup>233</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 de maio 2016.

<sup>234</sup> NETTO, op. cit. p. 235

controlar os menus dos restaurantes e tudo o mais que diga respeito à privacidade, à esfera íntima do indivíduo?<sup>235</sup>

O jogo do bicho já existe desde o século XIX, incorporando-se na cultura até mesmo pelo Estado que promove as loterias. Além do mais, a prática de jogos de azar é socialmente aceita na sociedade <sup>236</sup> e, como já visto no capítulo 2, o legislador não pode tipificar condutas pelo simples fato de serem imorais, se ação não atinge bem jurídico alheio, a sua punição deixa de ter um fim de proteção, afinal, não cabe ao Estado ditar as regras de comportamento morais de seus cidadãos.

### 3.3.4 Artigos 59 e 62 da LCP (vadiagem e embriaguez)

Está previsto nos artigos 59 e 62 da LCP:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:

Ambas as contravenções encontram-se no mesmo capítulo (polícia de costumes) mencionado no tópico anterior. Acreditava-se que essas condutas perturbariam a estabilidade das relações comunitárias. Em relação à contravenção de vadiagem:

Inicialmente é de se constatar a impropriedade do que se têm por objeto jurídico tutelado. Fala-se, genericamente, dos costumes, ou dos bons costumes. Previsão também presente no Código Penal, é ela, atualmente, muito criticada. A consideração subjetiva que a permeia não perfaz um ideal conceito de bem jurídico, necessitando, pois, de maior concretude. Sua intenção primeva deve, portanto, mais ainda do que outras tantas figuras contravencionais, sofrer releitura necessária, sob pena de inaceitável quebra do prisma penal.

Analisando esse tipo, não é possível extrair nenhum evento potencialmente lesivo, recria-se somente uma conduta concebida como antissocial. “Incabível, em um Estado Democrático de Direito, a concepção de um controle policial de pessoas que não se encontrem em trabalho, por mera questão preventiva”.<sup>237</sup>

<sup>235</sup> ARGUELLO, Katie. **Criminalização dos Jogos de Azar**: a contradição entre lei e realidade social. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista60/revista60\\_239.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_239.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2016.

<sup>236</sup> ARGUELLO, Katie. **Criminalização dos Jogos de Azar**: a contradição entre lei e realidade social. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista60/revista60\\_239.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_239.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2016.

<sup>237</sup> Ibid., p. 278



Quanto ao crime de embriaguez, o artigo refere-se não só à ingestão de álcool, mas também de outras substâncias que “alterem a personalidade”.<sup>238</sup> Também, não basta a mera embriaguez, é necessário que haja “escândalo” ou “ponha em perigo a segurança própria ou alheia”, conforme previsto no referido artigo.

Além do já exposto, percebe-se como ambas as contravenções ferem o princípio da legalidade, pois são amplas e genéricas, afinal, “escândalo”, por exemplo, é algo abrangente e pode ser entendido de diversas formas. Além do mais, ferem o princípio da intervenção mínima e principalmente da lesividade, pois não há grave lesão a bens jurídicos que justifiquem a necessidade de intervenção penal e, ainda, no caso da contravenção de embriaguez, quando prevê “ponha em perigo segurança própria”, está incriminando uma conduta cuja lesão não passa do próprio autor (autolesão).

---

<sup>238</sup> Ibid., p. 289

## CONCLUSÃO

Compreendeu-se que na década de 40 o Brasil passava por um período de instabilidade política e, internacionalmente, ganhavam forças movimentos fascistas. Na época da redação do código penal e da Lei das Contravenções Penais, vigorava a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas. Assim, o projeto, além de ser elaborado durante um regime totalitarista, foi inspirado por códigos europeus que estavam sendo governados por regimes fascistas, com destaque ao código italiano (rocco), e sob forte influência das escolas positivas e classicistas que defendiam a ideologia da defesa social.

A aludida ideologia baseava-se na concepção de que as sanções penais deveriam ter como finalidade à prevenção de delitos, e, a partir disso, justificava também que através da punição de um crime mais leve se previne a prática de um crime mais grave. Porém, como foi visto com a desconstrução dessa teoria, a partir da criminologia crítica, o inflacionamento penal, além de violar diversas garantias individuais e resultar em insegurança jurídica, não traz paz social e aumenta a criminalidade. Ademais, como se constatou com esse estudo, a prática de condutas consideradas criminosas não é isolada, ocorre que o direito penal é seletivo e não pune todos que as praticam, além de, em várias ocasiões, não corresponder a bens jurídicos valorados pela sociedade em geral, mas por parte minoritária dela.

A visão minimalista do direito penal vem, então, reforçar a necessidade de se respeitar a Constituição da República e as garantias jurídicas. Consoante examinado, o direito penal mínimo é um instrumento que busca combater a própria violência que o sistema penal gera. Na época que a doutrina do *law and order* ganhou força, aumentando a esfera de regulação do direito penal e intensificando as punições, constatou-se que a violência e a criminalidade não diminuíram, pelo contrário, aumentaram e, ainda, o cidadão ficou sujeito às arbitrariedades do Estado, sem respeito aos seus direitos individuais e garantias constitucionais.

Assim, o direito penal mínimo busca que o monopólio da força do Estado proteja o cidadão contra as lesões graves a seus bens jurídicos e também proteja os direitos fundamentais de todos aqueles submetidos à repressão penal. Para a legitimação do Estado de direito, não basta a democracia formal, mas também deve-se alcançar a democracia material.

Conforme examinado sobre os princípios do direito penal mínimo, que buscam a proteção de direitos fundamentais e o respeito a diretrizes constitucionais, não basta que a lei

penal seja estrita e certa, pois, além de respeitar todos os rigores formais necessários, ela deve também ser atual e necessária. O fato de uma lei ter sido promulgada de acordo com a formalidade mínima exigida, não significa que não deva ser reexaminada de acordo com todo o conjunto material disposto na Constituição.

Destaca-se também, os princípios da intervenção mínima e da lesividade, segundo os quais o direito penal deve proteger os bens mais importantes, criminalizando condutas que os ofendem seriamente e deve ser a *ultima ratio*, logo, utilizado somente quando os outros ramos do direito não forem capazes de resolver as lesões aos bens jurídicos de forma mais eficaz. Isto posto, salienta-se que o direito penal não está legitimado para servir de educação moral, portanto não pode se punir a conduta pelo seu valor, mas sim por afetar bem jurídico alheio, restando também afastada a autolesão. Vale lembrar também que as condutas que são socialmente adequadas não justificam a intervenção penal, de acordo com o princípio da adequação social.

Somando-se a isso, deve haver proporcionalidade entre os elementos crime e pena, mantendo uma racionalidade do conjunto, tanto na hora de legislar sobre o crime, quanto na hora de aplicar a pena. Ademais, consoante o apresentado, a doutrina e a jurisprudência estruturaram o princípio da insignificância, que deve ser aplicado quando houver desproporção entre os elementos acima mencionados. Assim, o fato formalmente típico, pode não ser antinormativo, pois não ofende gravemente o bem jurídico protegido e a punição provocaria um efeito desproporcionalmente mais grave que a própria conduta que está sendo punida.

A Constituição de 1988, que recepcionou esses princípios, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro cláusulas pétreas que devem filtrar os bens regulados pela legislação penal. Com a instituição do Estado Democrático de Direito, tornou-se imperativo uma revisão e reconstrução dos conceitos de bem jurídico penal, visto que não correspondem mais a todos aqueles concebidos em 1940.

A partir da análise jurisprudencial e doutrinária das contravenções penais, é possível notar diversas contradições. Primeiramente, a Lei das Contravenções Penais segue o rito sumaríssimo, que prima pela conciliação e composição dos danos civis, mas a totalidade das contravenções, conforme dispõem a lei, são de ação pública incondicionada. Ocorre que, além da possibilidade de vários dispositivos previstos nessa lei serem solucionados adequadamente por meio de conciliação, os conflitos poderiam ser resolvidas com mais

eficácia em outras esferas do direito, principalmente as questões referentes à perturbação do sossego. Fere-se, assim, o princípio da intervenção mínima.

Ademais, pune-se condutas que são socialmente aceitas e não atingem bens jurídicos alheios, como, por exemplo, as contravenções penais de jogo do bicho e jogos de azar. Ainda, desacata-se, que o próprio estado regule os jogos de azar, como as loterias. Fere-se, dessa maneira, princípios como da adequação social e lesividade ao proibir essa atividade.

Por fim, destaca-se que são punidas condutas relacionadas com “costumes” e “moralidade”, pois se acreditava quando as contravenções foram formuladas que certas atitudes “perturbariam a estabilidade social” e procurava-se isolar aqueles que praticavam essas condutas consideradas “antissociais”, como, por exemplo, as contravenções de embriaguez e de vadiagem. Ofende seriamente os direitos fundamentais a regulação desses comportamentos, pois o Estado não pode obrigar os seus cidadãos a trabalharem e a terem o estilo de vida que ele considera moral e adequado.

Dessa análise, percebe-se a insegurança jurídica que causa a inconsistência e incoerência da Lei das Contravenções Penais com o restante do ordenamento, visto que, em consequência disso, as decisões judiciais também se tornam discrepantes. Não é positivo nem constitucional regular matérias consideradas “miúdas” por meio da esfera criminal e, pela escassez de jurisprudência nas cortes superiores, nota-se que o assunto não está chamando a devida atenção. Nas instâncias de segundo grau, é possível contemplar que a discussão sobre a constitucionalidade dessa lei e sua conformidade com os princípios do nosso ordenamento é muitas vezes esquivada sob o argumento de que considera-las inconstitucionais caracterizaria indevidamente a “abolitio criminis”.

O presente trabalho não busca discorrer sobre qual a melhor solução para os problemas do direito penal, mas a Lei das Contravenções Penais, justamente por ter esse caráter “miúdo” não está recebendo a devida reflexão e o debate que merece. Afinal, seu caráter de menor potencial ofensivo não impede que possua inúmeras contradições com o sistema constitucional vigente e, com isso, infrinja o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Lindomar. **Evolução Política do Estado Brasileiro 1822-1967**. Florianópolis: Insular, 2012.

ARGUELLO, Katie. **Criminalização dos Jogos de Azar: a contradição entre lei e realidade social**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista60/revista60\\_239.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_239.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2016.

CAMPOS, Francisco. Senado Federal. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. 226 p. (Biblioteca Básica Brasileira).

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 256 p. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos.

\_\_\_\_\_. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. **Doutrina Penal**, Buenos Aires, Argentina, n. 10-40, p.623-650, 1987. Tradução de: Francisco Bissoli Filho. Disponível em: <[http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO BARATTA Principios de direito penal minimo.pdf](http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20derecho%20penal%20minimo.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007

BISSOLI FILHO, Francisco. **A Sanção Penal e suas Espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 maio 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 de maio 2016.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **História do Brasil**. 11. ed. São Paulo: Scipione, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Colaboração de: Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari.

**Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal in SARAIVA (Ed.). Vade Mecum Saraiva: OAB e Concursos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Org.). **O Brasil Republicano: O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à lei 9.099 de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2007.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUISI, Luisi. **Bens Constitucionais e Criminalização**. In: Revista do Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 4, 1988.

\_\_\_\_\_. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Santo Antonio Fabris Editor, 2003.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Algumas questões relacionadas com a representação do ofendido na Lei dos Juizados Especiais Criminais. **Justitia**, São Paulo, v. 173, n. 58, p.18-21, jan./mar. 1996.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Quanto vale o sossego? Minha paz não tem preço.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-22/irving-nagima-direito-sossego-consequencias-eferas-civel-criminal>>. Acesso em: 27 maio 2016

NASPOLINI, Samyra Haydêe. **O Minimalismo Penal como Política Criminal de Contenção da Violência Punitiva.** 1995. 123 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador (Coord.). **Comentários À Lei das Contravenções Penais.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução história.** Bauru: Jalovi, 1980.

PINTO, Ronaldo Batista. **Representação do ofendido deverá ser exigida em vias de fato.** 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jul-23/representacao\\_ofendido\\_exigida\\_vias\\_fato](http://www.conjur.com.br/2006-jul-23/representacao_ofendido_exigida_vias_fato)>. Acesso em: 25 maio 2016.

Portal do Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>>.

Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Do caráter subsidiário do direito penal:** lineamentos para um direito penal mínimo, 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo – Introdução:** Por uma leitura garantista do Sistema de Controle Social.. Disponível em: <<https://guiacompactodoprocessopenal.wordpress.com/textos-conjur-e/garantismo-introducao/#sdfootnote2anc>>. Acesso em: 03 maio 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material.** Florianópolis: Habitus, 2002.

\_\_\_\_\_. **O que é o Garantismo Jurídico?:** teoria geral do direito. Florianópolis: Habitus, 2003. (Para entender o direito).

\_\_\_\_\_; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático:** crítica à metástase do sistema de controle social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 99 p. Tradução de: Luis Greco.

\_\_\_\_\_. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **Crítica à ideologia da defesa social**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/>>. Acesso em: 05 maio 2016.

SILVA, Louise Trigo da. Algumas reflexões sobre o direito penal máximo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>.

Site do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

Site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <<<http://tjdf19.tjdft.jus.br>>>

Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>.

Site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. **A influência da Escola Positiva no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1982.

SZNICK, Valdir. Elemento Subjetivo nas Contravenções Penais. **Justitia**, São Paulo, v. 144, n. 50, p.96-106, out. 1988.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Campinas: Romana, 2003. Tradução de: Afonso Celso Rezende. p. 106.

ZAFFARONI, et al. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.